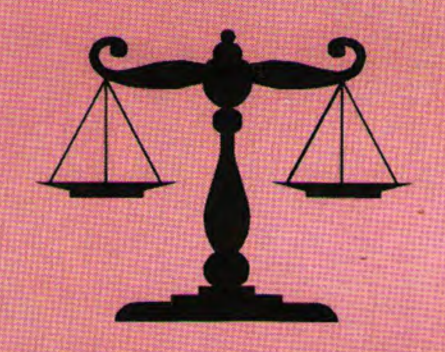
أساس مسؤولية الادارة وقواعدها

دراسة مقارنة

بين نظامي القضاء الموحد والمزدوج





عبدالملك يونس محمد

مدرس القانون العام المساعد

الطبعة الأولى

١٤٢٠ هـ ١٩٩٩ م

اساس مسؤولية الادارة وقواعدها

دراسة مقارنة

بين نظامي القضاء الموحد والمزدوج



تأليف

عبدالملك يونس محمد

مدرس القانون العام المساعد

مقرر قسم القانون في كلية الحقوق - جامعة صلاح الدين /أربيل

الطبعة الاولى

١٤٢٠ هـ　　　　١٩٩٩م

أساس مسؤولية الادارة وقواعدها

دراسة مقارنة

بين نظامي القضاء الموحد والمزدوج

الطبعة الاولى

عدد النسخ (١٠٠٠)

مطبعة جامعة صلاح الدين - أربيل

رقم الايداع (٢٤٢) لسنة ١٩٩٩

وَلا نُكلِّفُ نفساً إلاّ وُسْعَها ولَدَيْنا

كتابٌ يَنطِقُ بالحقِّ وَهُم لا يُظلَمونْ

آية (٦٢)سورة المؤمنون)

صدق الله العظيم

رُفع القلم عن ثلاثةٍ:

عَن الصبي حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستيقظ و عن المجنون حتى يفيق، رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما إستكرهوا عليه.

حديث شريف

الأهـداء

❁ الى كل من قرأها فدلنى على عيب أو نقص فيها.

❁ الى كل من يسعى لضمان حقوق الأفـــراد بتطبيـــق حكم القانون.

❋❋❋❋❋❋❋❋

❋❋❋❋❋



لايسعني وقد تم انجاز طبع هذا الكتاب الا أن أسجل جزيل شكري وتقديري للاستاذ(فاضل ميراني) وزير الداخلية وذلك لدعمه طبع الكتاب وتحمله كافة أعبائه من منطلق علمي مع تمنياتي له بالموفقية في مهامه القومية النبيلة...

المؤلف

- محتويات الكتاب -

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

موضوع البحث وأهميته(*):

نبدأ بحمد الله جلت قدرته، على سابغ فضله ونعمته، وفيض أحسانه ورعايته، فعليه غز وجل أعتمادنا، وبه سبحانه وتعالى أعتزازنا.

ونصلي ونسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن أتبع هداه الى يوم الدين.

وبعد... فأن دراسة موضوع المسؤولية تكتسب أهمية كبيرة من بين موضوعات القانون بصورة عامة نظراً لان المسؤولية تشكل القسم الاكبر من المنازعات المعروضة على القضاء، فهي تعد حجر الزاوية لكل نظام قانوني. ومن الامور المسلم بها في المجتمعات المختلفة تقرير مسؤولية من يرتكب بعض الافعال التي تعتبرها تلك المجتمعات غير مشروعة لأنها تخالف المبادئ والقواعد فيها(١).

والمسؤولية تعني "تحمل المرء نتائج اعماله والتعويض عن الضرر الذي يسببه"(٢).

وتحتل مسؤولية الادارة مكاناً متميزا في القانون الاداري الحديث، لما تؤكده هذه المسؤولية من مبدأ المشروعية في نطاق اعمال الادارة. وانها تتصل بمبادىء العدالة التي تأبى ان تضحى بالفرد لمصلحة المجموع دون ان ينال حقه في التعويض. كما وتنسجم مع الأسس التي يقوم عليها تنظيم المجتمع من النواحي السياسية والاجتماعية والاقتصادية(٣).

واذا كانت المسؤولية الادارية على تلك الدرجة المشار اليها من الاهمية فان بحث اساس هذه المسؤولية وقواعدها يصبح امرا ضروريا لأنه لا يمكن معرفة حقيقة مسؤولية الادارة الا عن طريق بيان اساسها وقواعدها(٤).

ومسؤولية الادارة تخضع لنوعين من القواعد القانونية. قواعد مقررة في القانون المدني (قواعد المسؤولية المدنية) وقواعد اخرى قررها قضاء مجلس الدولة الفرنسي (قواعد المسؤولية الادارية) وهذا الاختلاف في القواعد انعكس على الاساس الذي تقوم عليه هذه المسؤولية في كل من فقه القانون العام وفقه القانون الخاص.

ومما يؤكد اهمية اساس المسؤولية الخلاف الفقهي الشديد الذي احتدم بشأنه، واختلاف التشريعات في سبل معالجته حتى قيل انه لا توجد مشكلة اثارت خلافاً في القانونين المدني والاداري مثلما اثاره اساس مسؤولية الادارة.

(*) هذا الكتاب في الاصل أطروحة قدمت الى كلية القانون والسياسة جامعة صلاح الدين-اربيل سنة ١٩٩٦لنيل شهادة ماجستير في القانون ونالت تقدير جيد جداً دون أستلزام إجراء أي تعديل فيه.

(١) د.محمد حافظ غانم. المسؤولية الدولية. معهد الدراسات العربية العالية ١٩٦٢.ص١٣.

(٢) د. طلال عامر المهتار. مسؤولية الموظفين ومسؤولية الدولة. ١٩٨٢. ص١٢

(٣) د. ثروت بلنوي، مباديء القانون الاداري. دار النهضة العربية، ١٦٨. ص٥٣.

(٤) لابد من القول ان المقصود بالادارة في هذه الدراسة ذلك الجانب للسلطة التنفيذية الذي يتولى الوظيفة الادارية بوجه عام من انشاء وتنظيم وادارة المرافق العامة في الدولة. ومثالها الوزارات والاشخاص العامة المحلية والمرفقية اما الجانب الاخر لها فهي الحكومة التي تقرر السياسة العامة للدولة فتخرج بطبيعتها من نطاق البحث لانها تندرج تحت مواضيع القانون الدستوري والنظم السياسية.

وعلى الرغم من تعدد البحوث والرسائل المقدمة في مجال المسؤولية، الا ان بعضا من جوانبها مازالت بحاجة الى الدراسة والمعالجة، لهذا كان اختيارنا لموضوع اساس مسؤولية الادارة وقواعدها محاولة متواضعة في سبيل ازالة ما يحيط بهذا الاساس من غموض كما انه محاولة للوصول الى تحديد الاساس الصحيح لهذه المسؤولية وفقاً لقواعد المدنية والادارية في ضوء الفقه والقضاء المدني والاداري. وعلاوة على ذلك كله فانه لم يسبق لاحد في العراق -في حدود المصادر المتوفرة- ان تصدى لهذا الموضوع وبهذا الشكل.

وقد اجرينا هذه الدراسة مقارنة بين نظامي القضاء الموحد والمزدوج وفي ظل الانظمة القانونية المقارنة لكل من فرنسا ومصر والعراق، لأنه بمثل هذه الدراسة يمكن الوقوف على وجه التشابه والاختلاف والتأثير المتبادل بين هذه الانظمة، ويمكن بواسطتها ان نقف ونطلع على ما في قوانين هذه الدول من مزايا وما في القانون الوطني من نقص وعيب وثم ليتولى المشرع دوره في تطوير تشريعه عن طريق الاقتباس المدروس، ومما يزيد من اهمية الموضوع في العراق انه لم يتكون بعد نظام قانوني متكامل للمسؤولية الادارية الذي اوضحته المادة ٢١٩ من القانون المدني.

وبالنظر لسعة مسؤولية الادارة وتنوعها ينبغي ان نوضح حدودها وانواعها، واول ما يلفت النظر ان المسؤولية الجنائية تخرج من نطاق البحث، كما نستبعد المسؤولية التأديبية لانها تجد مكانها في دراسة قضاء التأديب ولكونها تخضع لقواعد ادارية خاصة عليه فان المسؤولية التي نروم دراسة اساسها وقواعدها هي المسؤولية الادارية، واعمال الادارة التي تنجم عنها مسؤوليتها تشتمل على نوعين من الاعمال، اعمال قانونية actes Juridiques، واعمال مادية actes materiels[٥]، فبالنسبة للأعمال من النوع الثاني فأنها داخلة في نطاق دراستنا، اما الاولى فانها تشتمل كلا من العقود الادارية التي نستبعدها من مجال البحث لانها تتعلق في المحل الاول بموضوع العقود بصورة عامة كاحدى مصادر الالتزام. والقرارات الادارية وما يترتب عليها من مسؤولية عنها فينصب عليها البحث. وبهذا فان محور دراستنا يتحدد بأساس وقواعد مسؤولية الادارة عن قراراتها واعمالها المادية.

وختاماً فان هذا البحث هو ثمرة جهد جهيد فقد لاقينا صعوبة كبيرة في سبيل اعداده، فمن تلك الصعوبات قلة المصادر في مكتباتنا وبعثرة الاحكام القضائية المتعلقة بالموضوع وقلة معرفتنا باللغة الفرنسية، وعلاوة على ذلك كله الظروف الخاصة التي مرت بها المنطقة. غير اننا حاولنا اذلال تلك المشاكل والمعوقات وواصلنا طريق البحث والدراسة الى ان خرج البحث على النحو الذي هو عليه.

ثم الاحاطة بالموضوع اقتضت منا التمهيد له بفصل تناولنا فيه الجذور التاريخية لاساس وقواعد المسؤولية بصورة عامة ومسؤولية الادارة بصورة خاصة. ولان الاساس عموماً يكون مشتركاً بين المسؤوليتين الادارية والمدنية، الا ان قواعدهما مختلفة لذا تطلب منا ذلك تخصيص الباب الاول لدراسة اساس مسؤولية الادارة، والباب الثاني لبيان القواعد التي تحكم مسؤولية الادارة، ثم لكي يكتمل البحث ختمناه بذكر اهم النتائج التي توصلت اليها من هذه الدراسة.

---

(٥) الاعمال القانونية تأتيها الادارة بقصد احداث اثار قانونية عليها، والاعمال المادية تقوم بها الادارة دون ان تتجه ارادتها لترتيب اثار قانونية عليها.

-خطـة البـحـث-

وزعت هذا البحث على بابين يتقدمهما فصل تمهيدي خصصته لدراســة التطــور التاريخي لمسؤولية الادارة (اساسها وقواعدها) ابتداء من عصر مــا قبـل الحضــارة والشرائع القديمة وانتهاء بالقوانين الحديثة لكل من فرنسا ومصر والعراق.

وخصصت الباب الاول لدراسة اساس مسؤولية الادارة، وقد قسمته الـــى ثلاثــة فصول تناولت في الفصل الاول الطبيعة القانونية لمسؤولية الادارة، وقسمته الى مبحثين كرست المبحث الاول لدراسة الطبيعة القانونية لمسؤولية الادارة في فرنسا وخصصــت المبحث الثاني لدراسة طبيعة مسؤولية الادارة في مصر والعراق.

وتكلمت في الفصل الثاني عن مسؤولية الادارة على اساس الخطأ. وقــد تضمــن هذا الفصل مبحثين، تطرقت في المبحث الاول لبيان أساس المسؤولية الذاتية والمباشرة للادارة، وتناولت في المبحث الثاني اساس المسؤولية التبعية للادارة.

وعقدت الفصل الثالث لدراسة مسؤولية الادارة على اساس الضرر. وقد قســمت هذا الفصل الى مبحثين، تناولت في المبحث الاول نظرية المخاطر كأســاس لمســؤولية الادارة بينما عرضت في المبحث الثاني تطبيقات نظرية المخاطر في القانون المقارن.

اما الباب الثاني فقد كرسته لبيان القواعد التي تحكم مسؤولية الادارة، وقد وزعت هذا الباب الى فصلين، تناولت في الفصل الاول قواعد الاختصاص القضائي لمســؤولية الادارة، وخصصت الفصل الثاني لمعالجة القواعد الموضوعية في حكم مسؤولية الادارة.

وأخيراً ختمت الرسالة بخاتمة موجزة تضمنت أهم الاستنتاجات التي توصلت اليها من خلال البحث.

ويسرني أن أتقدم بالشكر والأمتنان لأساتذتي الأفاضل الأستاذ الدكتــور ســعدي البرزنجي لمؤازرته ودعمه العلمي المتواصل لنا،والأستاذ الدكتور عبدالرحمــن رحيــم عبدالله الذي تفضل مشكوراً بالأشراف على هذه الرسالة،والأســتاذ المســاعد الدكتــور شيرزاد احمد النجار لما بذله من تعاون مثمر معنا في كل مراحل الدراسة.

كما أتوجه بالشكر والتقدير لكل من المحامي عبدالكريم أبوبكر هموند لما بذله من جهود سخية على تقويم وتصحيح الرسالة من الجوانب اللغوية والنحوية.والسيد عزيــز عبدالاحد عوديش الذي أبدى تعاوناً سخياً معي في ترجمة النصــوص الفرنســية مــن المصادر العلمية التي أقتبست منها ما تغنى الرسالة.

وختاماً أشكر كافة العاملين في المكتبات التى أستفدت منها وجميع السادة الذيــن وفروا لي المراجع اللازمة، وأقدم أمتناني لكل من ساهم ولو بكلمة واحدة في أغناء هذا البحث وجزا الله الجميع عنا خيراً.

-الفصل التمهيدي -

التطور التاريخي لفكرة مسؤولية ألادارة

(أساسها و قواعدها)

تمهيد و تقسيم:-

من مسلمات العصر الحديث أن ألادارة مسؤولة عن نتائج أعمالها غير المشروعة لضارة لما فيها من مساس بحقوق و مصالح الافراد .

وأساس هذه المسؤولية أما خطأ ينسب إلى جهة ألادارة ، وحينئذ تكون المسؤولية قائمة على أساس الخطأ،أو ضرر يترتب عن أعمالها و يصيب الغير فتكون مسؤوليتها مبنية على أساس الضرر(٦).

على أن هذه المسؤولية لم يتم التسليم بها اعتباطا ولم توجد بشكل مفاجئ أو دفعة واحدة، وإنما كانت ثمرة محاولات جريئة وجهود مضنية في سبيل تجاوز المعوقات و تغير المفاهيم التي كانت تتنافى معها ،منها تغير مفهوم السيادة المطلقة للدولة إلى سيادة مقيدة بمبادئ الدستور والقانون . إذ كانت الدولة غير مسؤولة عن نتائج أعمالها في ظل النظريات التقليدية للسلطة والحكم (كالسلطة الروحية للحاكم، والتقييد الذاتي للدولة، والحق الوراثي في الحكم)و غيرها من المفاهيم التي سادت القرون الماضية(٧).

وبما أن تطور مسؤولية ألادارة في أساسها و قواعدها قد حدث مترابطاً مع تطور مفهوم المسؤولية عموما،فيكون من الصعب تفهم و استيعاب أساس و قواعد المسؤولية الإدارية بمعزل عن معرفة أساس المسؤولية المدنية و تطورها عبر الشرائع و القوانين القديمة، باعتبار أن هذه الشرائع هي المصادر التاريخية للقوانين الوضعية في العصر الحديث(٨) .

و انطلاقا من هذا المفهوم تعين علينا في هذا الفصل استعراض تطور فكرة المسؤولية منذ تكَوُن المجتمعات البدائية و حتى وقتنا الحاضر وعلى النحو الاتي :-

أولا -مسؤولية ألادارة لدى الشعوب البدائية

كانت فكرة الأخذ بالثأر الأساس الأول للمسؤولية المدنية عند الشعوب البدائية و التي بدورها لم تكن سوى مظهر من مظاهر المسؤولية الجنائية حيث كان للمتضرر أن

---

(٦) د. سليمان محمد الطماوي ، دروس في القضاء الاداري ،دار الفكر العربي ،القاهرة،١٩٧٤،ص٨-وانظر كذلك د.حسن خليل و سعد العصفور ،القضاء الاداري ،منشاة المعارف بالاسكندرية،بلا سنة طبع ،ص٥٥٩

(٧) د. محمد فاروق النبهان ، نظام الحكم في الاسلام ،مطبعة الجامعة ،الكويت ،١٩٨٧،ص٤٦ص٤٧

(٨) يقول الفيلسوف الروماني شيشرون ،.ان جهل الانسان لما جرى قبل ولادته هو كبقائه طفلا ابدا .،-راجع في ذلك السيد عباس عبودي ،تاريخ القانون ،مديرية دار الكتب للطباعة و النشر ،جامعة الموصل ،١٩٨٨،ص١٠٧ .

يثار لنفسه و يلحق الأذى بمن أضره و هذا ما كان يسمى بالقضاء الخاص ، ولم يكن حق الثأر في بادئ الأمر منظما، فكان المعتدى عليه يبالغ في استعمال هذا الحق حسبما تملي عليه أهواؤه و غرائزه إلى حد يستفز عشيرة الجاني و يستثيرها، فيتبادل الجانبان فتيل العداء و إيقاع الأذى ببعضهما البعض لحقبة زمنية طويلة و ربما لم تكن تقف ألا بتدخل طرف ثالث و فرض تحكيمه عليهما[٩].

و على اثر هذا الوضع من الاضطراب و عدم الاستقرار نتيجة العداء المتولد بين القبيلتين ،ابتدع نضام التخلي (Abondonnoxal) للتخفيف من مسؤولية عشيرة الجاني و ذلك بالتخلي عن الأخير و تركه تحت رحمة عشيرة المجني عليه[١٠].

وبظهور المجتمعات المنظمة ،رأت السلطة المركزية ضرورة تحديد حق الثأر و العمل على عدم تمكين المضرور من الإسراف فيه فنظمت القصاص (Letation) اعترافا بالثأر و تحديدا لآثاره إذ أجازت للمضرور أن يحدث بالمعتدي مثل الأذى الذي أصابه[١١].

و في مرحلة تالية من التطور و مع تقدم الزمن و اشتباك المصالح الاجتماعية وخمود حدة الطابع البدائي، استعيض عن مبدأ إلحاق الأذى بشخص المعتدي باقتضاء مبلغ من المال منه فظهر نظام الدية(Composition).

وكانت الدية اختيارية في أول الأمر يتفق على تحديدها الطرفان المتخاصمان ،ثم باتت إلزامية و محددة القيمة سلفا بمقتضى العرف أو القانون[١٢].

على أن ما كان يصيب الفرد من ضرر نتيجة المساس بشرفه لم يكن يخضع لأحكام الدية الإجبارية.

إذ كان يحق للمعتدى عليه الأخذ بالثار،و كانت المبارزة هي الوسيلة التي يلجا أليها لغسل المهانة في هذا النوع من الأضرار[١٣].

و في تطور لاحق رأت السلطة المركزية منذ أن اشتد ساعدها ،إن بعض الجرائم لا يقتصرأثرها على الفرد و إنما يتعداه ألي المجتمع بأسره لاخلاله بالنظام العام للمجتمع،

---

(٩) انظر د سليمان مرقس ،المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية .معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة. ١٩٧١ .ص٨-د.عبدالحي حجازي ،النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام .الجزء الثاني.مطبعة نهضة مصر. ١٩٥٤.ص٤٣٣ -د. شعيب احمد سليمان ،المسؤولية المبنية على تحمل التبعة .مقاله في مجلة القانون المقارن .العدد الخامس عشر .السنة العاشرة ،١٩٨٣،ص٣٦٩ص ٣٩١ بالإشارة إلى ص٣٧١ و د صوفي حسن ابو طالب ،مبادئ تاريخ القانون .بيروت . ١٩٦٥،ص ٦٧.

(١٠) جبار صابر طه،اقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر .مطابع جامعة الموصل. ١٩٨٤ . ص٣٢

(١١) د.حسن علي الذنون.النضرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام،دار الحرية للطباعة.بغداد. ١٩٧٦، ص٢١١.

(١٢) حسين عامر و عبدالرحيم عامر.المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية،الطبعة الثانية،دار المعارف، ١٩٧٩،ص١١٦.

(١٣) د.سليمان مرقس .المصدر السابق ،ص٧٢.

قيدت بتوقيع الجزاء على كل من يرتكب جرما يمس استقرار المجتمع فنشا بذلك حق الدولة في توقيع العقوبة على الجاني باسم المجتمع، و عقب ذلك تقسيم الجرائم إلى عامة تمس كيان المجتمع مباشرة (كالتجسس و الخيانة و القتل)تولت السلطة فرض الجزاء عليها، وجرائم خاصة تمس كيان المجتمع بشكل غير مباشر و فيها اقتصر دور السلطة على فرض الدية على الجاني(١٤).

أما ما يتعلق بمسؤولية الدولة (ألادارة)تجاه الأفراد فلم تكن مقررة بصورة عامة في ظل النظام الذي كان سائدا لدى تلك الشعوب باستثناء حالات قليلة وردت في قوانينها، منها ما نصت عليه شريعة حمورابي من أن الدولة عندما لا تتمكن من معرفة القاتل تعتبر نفسها هي المسؤولة عن الجريمة و تدفع التعويض لورثة القتيل(١٥)، إذ أن العراقيين القدماء عرفوا القوانين قبل غيرهم من الشعوب(١٦).

يتبين لنا مما تقدم أن المسؤولية الجنائية كانت هي الأصل في المجتمعات القديمة، وإنها كانت تقوم على أساس الضرر الذي يصيب المجني عليه، إذ لم تكن فكرة الخطأ معروفة عندهم.أما المسؤولية المدنية او الإدارية فلم تكن واضحة المعالم، إذ كانت تذوب في المسؤولية الجنائية و من ذلك يمكننا و صف المسؤولية في تلك العصور بأنها مسؤولية جنائية موضوعية .

ثانيا - مسؤولية ألادارة في القانون الروماني

لم يتضمن القانون الروماني في أية مرحلة من مراحل تطوره نظرية عامة في المسؤولية المدنية على النحو المعروف في التقنينات المدنية الحديثة(١٧)، إذ نجد أن هذا

---

(١٤) د.منذر عبد الحسين الفضل، النظرية العامة للالتزام –مصادر الالتزام ،الجزء الاول ،الطبعة الاولى ،بغداد، ١٩٩١، ص٢٩٥–د. حسين عامر و عبدالرحيم عامر،المصدر السابق ،ص ١١٧.

(١٥) د. طلال عامر المهتار ،المصدر السابق ،ص١٣–و انظر ايضا د. ابراهيم عبدالكريم غازي ، تاريخ القانون في وادي الرافدين و الدولة الرومانية ،ط ١ ،مطبعة الازهر ،بغداد ،١٩٧٣، ص٥٤.

(١٦) اذ يعتقد ان بداية معرفة الشعوب العراقية القديمة للقانون راجع الى حوالي ٤٠٠٠ سنة قبل الميلاد –انظر د. فوزي رشيد، الشرائع العراقية القديمة،دار الحرية للطباعة ، بغداد ،١٩٧٣،ص٤ ص٥ .

(١٧) لابد من ان نشير الى ان تطور القانون الروماني قد مر بادوار متعددة اختلف الشراح حولها فقد تم تقسيمه بحسب عصور التاريخ السياسي لروما الى اربعة عصور و هي–ا–العصر الملكي(٧٥٤–٥٠٩ ق.م)–ب–العصر الجمهوري(٥٠٩–٢٧ق.م) –ج– عصر الامبراطورية العليا (٢٧ق.م–٢٨٤م)–ء–عصر الامبراطورية السفلى (٢٨٤م –٥٦٥).كما و اقترح البعض تقسيم مراحل تطور القانون الروماني وفقا لمعيار قانوني الى –ا– عصر القانون القديم و يشمل (العصر الملكي و جزء من العصر الجمهوري)–ب– العصر العلمي (١٣٠ق.م–منتصف القرن الثالث بعد الميلاد)–ج– عصر الامبراطورية السفلى (٢٨٤–٥٦٥).غير ان هذه التقسيمات هي تقسيمات نسبية و غير دقيقة لان كل نظام قانوني او سياسي في عهد ما او في عصر معين هو وليد العصر الذي يسبقه .انظر في هذا الصدد الدكتور صبيح مسكوني ،القانون الروماني ،الطبعة الثانية ،مطبعة شفيق ،بغداد ،١٩٧١،ص٢٠–٢١–الدكتور عباس العبودي ،تاريخ القانون ،دار الكتب للطباعة و النشر ،جامعة موصل ، ١٩٨٨،ص١١٢.

القانون قد نص على حلول جزئية لمسائل حددها حصرا، وبين شروط تحقق المسؤولية عنها والجزاء المترتب عليها .

وقد ازدادت القواعد الخاصة بالمسؤولية تدريجيا و اتسع نطاق تطبيقها بتأثير الظروف الاجتماعية ولكن لم تكن تجمع تلك القواعد أية جامعة عامة[١٨].

إلا أن الرومان كانوا يعتبرون الجريمة فقط عملا غير مشروع دون سواها .و قد قاموا بالتمييز بين الجرائم العامة و الخاصة ،إذ تضمن قانون الألواح الاثني عشر و هو من اقدم قوانين روما على مجموعة من الجرائم التي تقع على الأشخاص و تسمى (Injuria) كحالات الاعتداء الواقع على الجسم من قتل و بتر عضو (mumrum) و كسر عظم (osfractum) و حالات أخرى، وعدتها من الجرائم العامة في حين اعتبرت جرائم أخرى كالسرقة من الجرائم الخاصة .و إن الدية كانت جزاءً لهذه الجرائم ،فكانت إجبارية في بعض منها و اختيارية في بعضها الاخر[١٩].

و الواضح ان الدية في الحالتين كانت تتضمن في ذاتها معنى العقوبة والتعويض معا، و هذا شيء وارد و لا سيما ان الدية قد حلت محل الثأر،فظل اثرها بارزا على نظام الدية .

و بصدور قانون اكيليا سنة ٢٨٩ق .م الذي نص على صور خاصة من الفعل الضار الذي يقع على ممتلكات الغير من الرقيق والماشية و اشياء اخرى و رتب على تلك الافعال تعويضا مقدرا بقيمة اعلى من الضرر الواقع بالضحية وضعت اللبنة الاولى للمسؤولية المدنية ،و هذا يعني ان التعويض كان يتضمن معنى العقوبة (الغرامة).

و على الرغم من اهمية صدور هذا القانون فانه عجز عن وضع قاعدة عامة للمسؤولية المدنية، و مع ذلك فقد اعتبرت خطوة لا باس بها في مجال ارساء هذه المسؤولية.

اما أساس المسؤولية في ظل قانون اكيليا فلم يكن مقتصرا على التعدي المادي الصادر عن الجاني بل اشترط اضافة الى ذلك وقوع خطا منه، وان أي اهمال او تقصير مهما كان تافها كان يكفي لتحقق المسؤولية ازاءه .

و مع ذلك فان الخطأ بمفهومه الحديث لم يصبح أساسا للمسؤولية الا مع نهاية العهد الجمهوري بحكم قواعد الاخلاق و بتاثير الفلسفة الاغريقية حيث كان الضرر قبل ذلك هو أساس المسؤولية، و باستثناء الاعمال التدليسية التي كان الخطأ أساسا للمسؤولية عنها، فان الضرر كان الأساس المعول عليه[٢٠].

---

(١٨) د.عبدالرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد –مصادر الالتزام ،المجلد الاول ،دار احياء التراث العربي. بيروت بلا سنة طبع ص ٧٦٣بند ٥١٧ .

(١٩) د. سليمان مرقس ،المصدر السابق ،ص٧٤–ايضا حمزة خسرو ،نظرية تحمل التبعة و تطبيقاتها في التشريع المقارن، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون و السياسة بجامعة بغداد ،١٩٨٨،ص٤ .

(٢٠) انظر د.غازي عبدالرحمن ناجي ،بحثه الموسوم المسؤولية عن الاشياء غير الحية و تطبيقاتها القضائية ،مجلة العدالة ، العدد الثاني ،السنة السابعة ،١٩٨١،ص٩ص٨٥ بالاشارة الى ص٢٠–و ايضا

و فيما يتعلق بالمسؤولية عن فعل الغير ،فان ألشراح اختلفوا بشانها.فيذهب راي[٢١] الى ان القانون الروماني قد عرف المسؤولية عن فعل الغير و دليل ذلك هو ما ورد في قانون الالواح الاثني عشر بشان مسؤولية صاحب السفينة (L armateur) عن الاضرار التي تقع للبضائع المودعة لديه و يستوي في ذلك ان يكون الضرر قد حدث بفعل احد خدمته او بفعل أي شخص اخر .و ايضا مسؤولية مالك الاسطبل و صاحب الفندق (Logeur) عن اخطاء تابعيهم متى مانتج عنها ضرر للنزلاء او اصحاب تلك الخيول . و كذلك ما ورد في مدونة جستنيان في باب الالتزامات الناشئة عن شبه الجريمة من النصوص التي عالجت الضرر الناتج عن سقوط او القاء شيء من المنزل التي ترتب مسؤولية ساكنيه بالتضامن سواء كانوا مالكين او مستاجرين دون حاجة الى اثبات خطئهم.

وينكر راي ثاني[٢٢] عن القانون الروماني معرفته لهذا النوع من المسؤولية في مختلف عصوره على الاطلاق مؤكدا ان ما جاء في قانون الالواح الاثني عشر من حالات لاتقوم المسؤولية فيها على الافعال غير المشروعة من الغير، وانما ترتكز المسؤولية فيها على الخطأ الشخصي لذلك المسؤول و المتمثل باخلاله بتنفيذ التزاماته العقدية، لذا فان مسؤولية صاحب السفينة و مالك الاسطبل و صاحب الفندق ليست مسؤولية تقصيرية عن فعل الغير بل هي مسؤولية عقدية عن فعل شخصي . اما بخصوص مسؤولية ساكن الدار عما يلقى او يسقط منها من الاشياء فهي ايضا ليست مسؤولية عن فعل الغير وانما هي مسؤولية شخصية و مباشرة التي يشترط لقيامها ثبوت الخطأ في جانب ساكن الدار .و يؤيد هذا التفسير ان المادة ١٧٧ من العرف البريتوري كانت تقرر ان الاضرار الناشئة عن الاشياء غير الحية لا توجب مسؤولية الاشياء الا اذا ثبت خطا مالكه او حارسه[٢٣].

على اننا نرجح ما قال به الراي الاول من ان القانون الروماني قد عرف المسؤولية عن فعل الغير (مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع او المسؤولية عن الاشياء) ولكن

Barry Nicholas, An introduction to Roman Law Oxford At the clarendon pressy Great Britain ,1927,P.223.

(٢١) من انصار هذا الراي –الدكتور توفيق حسن فرج ،النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام ،الجزء الاول جامعة الاسكندرية ،١٩٧٨،ص٤٧١–د.محمد لبيب شنب ،المسؤولية عن الاشياء ،مكتبة النهضة المصرية ،١٩٥٧،ص٩– د.عبدالسلام الترمانيني ،الوسيط في تاريخ القانون و النظم القانونية ،الطبعة الثالثة،مطبعة ذات السلاسل، الكويت،١٩٨٢،ص١٣٨.

(٢٢) انظر في هذا الراي –د.محمد الشيخ عمر ،مسؤولية المتبوع ،مطابع سجل العرب ،القاهرة، ١٩٧٠، ص ١٥–د.عباس عبودي ،المصدر السابق ،ص١٨٦. د.عباس حسن صراف ،المسؤولية العقدية عن فعل الغير، دار الكتاب العربي ،مصر، ١٩٥٤،ص٤٣–د.عبدالرحمن ناجي ،مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع ،بحث منشور في مجلة العدالة ،العدد الثالث ،السنة الاولى ،١٩٧٥،ص٦٣٣ص٦٦٤ بالاشارة الى ص٦٣٥.

(٢٣) د. محمد لبيب شنب ،المصدر السابق ،ص ٩.

عرفها في نطاق محدود اقتصرت على تلك الحالات التي نص عليها قـــانون الالـــواح الاثنىعشر و مدونة جستنيان باعتبار انها حالات للمسؤولية وردت على سبيل الحصر.

فوفقا لذلك يمكننا القول بان القانون الروماني مثلما خلا من نظريـــة عامـــة كاملـــة للمسؤولية المدنية فانه لم يعرف نظرية عامة للمسؤولية عن فعل الغير .

اما مسؤولية ألادارة -باعتبارها صورة من صور المسؤولية عن فعل الغير-في ظـل هذا القانون فالثابت ان الرومان لم يقروا هذه المسؤولية ،اذ لم تكـــن للافـــراد حقـــوق يمكنهم التذرع بها ازاء الحاكم الذي كان يلزم ولا يلتزم ،و حيث ان الدولة كانت تتجســد في شخصه فلم يكن مسؤولا الا امام الالهة فلم ترد نصوص في أي من القوانين التـــي صدرت في روما تجعل الحاكم مسؤولا ازاء الافراد عن الاضرار التي تلحق بهم[٢٤].

و بذلك يظهر ان القانون الروماني قد رجح مصلحة ألادارة (الحاكم)علـــى مصلحـــة الافراد، فلم يقر مسؤوليتها ازائهم لكي يضمن حسن سير اعمال السلطة الاداريـــة فـــي الدولة[٢٥].

ثالثا-مسؤولية ألادارة في الشريعة اللاتينية .

هنا سنقتصر في بحثنا على مسؤولية ألادارة في القوانين الفرنسية لكونها تقف فـــي مقدمة الدول ذات الاتجاه اللاتيني و سنوزعه على نظامين قانونين سادا عهدين مختلفين في فرنسا،اولهما القانون الفرنسي القديم والثاني التقنين الفرنسي الحديث لسنة ١٨٠٤.

أ- في القانون الفرنسي القديم :-

تضمن هذا القانون كل تلك القواعد و النظم القانونية التي سادت فرنسا بعد انـــهيار الامبراطورية الرومانية بوفاة الملك جستنيان سنة ٥٦٥م و استمرت حتى قيام الثـــورة الفرنسية سنة ١٧٨٩م[٢٦]. واجهه القانون الفرنسي القديم المسؤولية في البداية بنفس الفكرة التي كانت سائدة في عهد الرومان حيث صبغها بالصبغة الجنائية باعتبارها بديـلا لحق الثأر.

لكن القانون في هذا العصر لم يقف تطوره عند الحد النظري كالقانون الروماني ،بـل بدا بالتميز بصورة فعلية بين المسؤولية الجنائيـــة و المســـؤولية المدنيـــة ،و اوجـــب التعويض عن جميع الافعال الضارة و تلا ذلك التميز بين الجرائم التي تتضمـــن جـــزاء جنائيا و مدنيا معا و بين الجرائم التي لا تتضمن الا جزائا مدنيا .و لذا بدا التميز يظـــهر واضحا بين المسؤوليتين المدنية و الجنائية لان فكرة التكفير المدني و التي تقوم علـــى

---

[٢٤] انظر د. عدنان العجلاني ،الوجيز في الحقوق الادارية ،الجزء الاول ،الطبعة الثانية ،مطابع دار الجامعة ،دمشـــق، ١٩٦١، ص٣٤٧.

[٢٥] د. حسن زكريا ،مقاله الموسوم مسؤولية الدولة ،منشور في مجلة القضاء ،العدد الثالث ،الســـنة الثالثةعشـــرة، ١٩٥٥، ص٥ص٢٦ بالاشارة الى ص٩ ومابعدها .

[٢٦] د. صبيح مسكوني ،المصدر السابق ،ص٨٩.

ساس جنائي ظهرت باعطاء اولياء الدم حق المطالبة بالتعويض بعد المجني عليه، باعتبارهم اصحاب حق الثأر.و قد ساهم ذلك في ايجاد أساس مشترك تقوم عليه جرائم الاموال و هو الاهمال و عدم التبصر .و من ثم برزت فكرة الخطأ لتصبح أساسا للمسؤولية المدنية[٢٧]. وفي تطور لاحق قرر هذا القانون قاعدة مؤداها،ان كل ضرر يقع نتيجة خطا مهما كان بسيطا يجب ان يقوم بالتعويض عنه من كان جهله او عدم تبصره و اهماله سببا في وقوعه.و حصل هذا بتأثير تعاليم الكنيسة و قواعد الاخلاق. غير ان فكرة الخطأ لم ترق الى حد ان تتأسس عليها فكرة المسؤولية الا على يد الفقيه الفرنسي دوما (Domat) و الذي عممها و صاغ منها مبدا عاما يكون كل شخص بموجبه ملزما بتعويض ما يسببه بخطئه من ضرر بالغير.كما فرق بوتية (Potteir) بين الجنح المدنية و اشباه الجنح باعتبارها مصادر للالتزام. وقد تم التمييز بين المسؤولية التقصيرية و العقدية و برزت فكرة تدرج الخطأ في مجال المسؤولية العقدية [٢٨].

و يمكننا القول ان المسؤولية المدنية قد اكتمل لها كيانها ،كما وتحددت المسؤولية الجنائية بمبدا (لاجريمة و لا عقوبة الا بنص)وقد اصبح في الامكان مساءلة المرء عن فعل غيره دون ان يتقرر بشانها مبدا عام ،و كذلك مساءلته عن فعل الاشياء و الحيوانات. على ان الخطأ ظل أساسا للمسؤولية في كل هذه الحالات وفقا لقاعدة(لا مسؤولية دون خطا)[٢٩].اما مسؤولية ألادارة، فنجد ان القانون الفرنسي القديم لم يقر بها ايضا لانها كانت تتناقض مع فلسفة الحكم ابان تلك الفترة حيث لم يكن من المعقول ان يخضع الملك (ألادارة) للقانون في الوقت الذي كانت ارادته مصدر القانون. واذا حدث و ان قامت ألادارة بتعويض المتضرر من اعمالها فان ذلك لم يكن الا من باب التبرع و الحسنة [٣٠].

فثمة عوامل سادت في تلك الفترة و ساعدت على ترسيخ مبدا عدم مسؤولية ألادارة في فرنسا، منها :-

١-العامل السياسي -و يتمثل في الظروف السياسية التي سادت فرنسا انذاك المتعلقة بالصراع الذي كان على اوجه بين الملك (ألادارة) و الاقطاع، حيث كانت مصالح اقطاب الاقطاع عرضة للتضرر اكثر من غيرها جراء عدم مسؤولية ألادارة و ممثليها .فكان في تقرير مسؤولية ألادارة مايحول بين الملك ونجاحه في تقويض دعائم الاقطاع المعرقل الأساسي لنشاط ألادارة[٣١].

---

(٢٧) جبار صابر، المصدر السابق،ص٣٦ص٣٧-و د. حسين عامر و عبدالرحيم عامر ،المصدر السابق،ص١١٨.

(٢٨) انظر د. حسن الخطيب ،نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية و المسؤولية التعاقدية ،مطبعة الحداد، البصرة،١٩٦٨، ص١٠٣ - و د.عبد الحي حجازي . المصدر السابق،ص٤٣٤.

(٢٩) راجع د. عبدالرزاق السنهوري ،المصدر الصابق ،ص٧٦٥-ايضا د.غازي عبدالرحمن ناجي ،المسؤولية عن الاشياء غير الحية وتطبيقاتها القضائية ،بحثه السابق ص١١.

(٣٠) د. سليمان محمد الطماوي ،المصدر السابق ،ص ٨.

(٣١) د. حسن زكريا ،المرجع السابق ،ص١٠.

٢- العامل الاقتصادي -اذ كان المذهب الاقتصادي السائد في اوروبا بشكل عام و في فرنسا بوجه خاص هو الفردية المتطرفة (Individulism) ،و ما رافق ذلك من تسيب اقتصادي (laissez faire)الذي كان يحتم على ألادارة ان لا تتدخل في الحياة الاقتصادية والاجتماعية في الدولة و ان تلزم الحياد التام ازاء نشاط الافراد فيما بينهم وان تقصر دورها في حفظ المرافق التقليدية (ادارة القضاء،تامين سلامة الدولة من العدوان الخارجي،حفظ الامن الداخلي)،و بعبارة اخرى كانت الدولة هي الدولة الحارسة فكان هذا النشاط المقيد للادارة يستبعد امكانية تضرر الافراد من جرائها[٣٢].

٣-العامل الدستوري -حيث كانت دساتير الدول تكتفي بتعداد الحقوق و الحريات الأساسية دون ان تتطرق لبيان هيئات الدولة ووظائف كل منها و نطاق اختصاصها و الجزاء المترتب على تجاوزها و تفرض لزوم احترامها كونها مبادئ انسانية ثابتة تاتي امتدادا للمواثيق المتصلة بحقوق الانسان ومن امثلتها الماگناكارتا Magna Charta ١٢١٥ وعريضة الحقوق الانجليزية ١٦٢٨ و الميثاق الامريكي لسنة ١٧٧٦ و الفرنسي لسنة ١٧٩١ .و مما عزز هذا التوجه الدستوري فيما بعد اعمال دولية مشتركة كميثاق الامم المتحدة ١٩٤٨ و تفاهم الاوربي لحقوق الانسان ومن ثم ميثاق دلهي ١٩٥٩ و الكندي ١٩٦٠ [٣٣].

و لكن مع نهاية عهد القانون الفرنسي القديم تقررت مسؤولية الموظف عن اخطائه الادارية ازاء الافراد فأصبح بامكان المضرور مقاضاة الموظف امام القضاء المختص بعد ان كان يرفض في بادىء الامر النظر في طلبات الافراد ضد موظفي ألادارة بصفتهم الوظيفية .

و مهما يكن من امر فان مقاضاة الموظف لم تكن امرا عاديا حيث كان مشروطا بضرورة الحصول على رخصة من جهة ألادارة التي يتبعها الموظف ،فسمي هذا(بنظام القرارالاداري السابق)، و لم تكن ألادارة لتمنح هذه الرخصة الا في احوال قليلة،لذلك فان مسؤولية الموظف كانت امرا نظريا في جوهرها ابان تلك الفترة من التطور [٣٤].

ب-التقنين الفرنسي الحديث .

بصدور التقنين الفرنسي لسنة١٨٠٤ تحقق التطور الجوهري في مجال المسؤولية، ودار تطورها حول فكرة الخطأ ،فقد قام هذا القانون بتدوين كل النظم و احكام المسؤولية التي كانت قائمة في ظل القانون الفرنسي القديم .فاستقرت فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية في كل الحالات التي تضمنتها نصوص هذا القانون[٣٥].فقد خصص المشرع الفرنسي لاحكام المسؤولية المدنية خمس مواد من المادة١٣٨٢الى المادة ١٣٨٦،

---

[٣٢] د.عبدالرحمن نورجان الايوبي،القضاء الاداري في العراق حاضره و مستقبله،دار مطابع الشعب ،١٩٦٥،ص٧٤.

[٣٣] Hood Philips, Constitutional and administrative law, fourth edition, 1973, P.16

و انظر ايضا -باسل يوسف ، في سبيل حقوق الانسان ، الطبعة الاولى ، دار الشؤون الثقافية ،بغداد ١٩٨٨،ص١٥ - و د.محمد سعيد المجذوب،الحريات العامة و حقوق الانسان ، ط١ ، جروس برس-طرابلس،لبنان،١٩٨٦،ص٣٦.

[٣٤] د.حسن زكريا المصدر السابق، ص١١.

[٣٥] انظر د.عبدالحي حجازي ،المصدر السابق ،ص٤٣٤- د.حسين عامر و عبدالرحيم عامر،المصدر السابق،ص١٢١

تضمن المادة ١٣٨٢ القاعدة العامة في المسؤولية كما ابرزها "دوما " و ذلك بنصها على ان " كل فعل لشخص ايا كان يحدث ضررا للغير يلزم بالتعويض هذا الذي احدثه خطئه ".

ثم بحث القانون الفرنسي المسؤولية عن الاشخاص و اقامها على فكرة الخطأ ايضا، فقد نصت المادة ١٣٨٣على ان " كل شخص مسؤول عن الضرر الذي احدثه ليس فقط بفعله و لكن ايضا باهماله او عدم تبصره " . ثم نصت المادة ١٣٨٤في فقرتها الاولى على تقرير تلك المسؤولية بالنسبة للاعمال غير المشروعة التي تقع ممن يعتبر مسؤولا عنهم و ذلك بقولها " الشخص لا يسأل عن فعله الشخصي فحسب،بل عن افعال من هو مسؤول عنهم عندما تتسبب تلك الافعال في الاضرار بالغير، كما يسأل عن الاشياء التي تحت حراسته " ثم اوردت الفقرات التي تلتها اولئك الاشخاص،فنصت على مسؤولية الاب و الام و المربي عن الاضرار المحدثة بفعل الاولاد القصر المقيمين معه (م١٣٨٤/٢)،و على مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع(م١٣٨٤/٣)اما المادتان ١٣٨٥و١٣٨٦وقد تضمنتا المسؤولية عن الاضرار الواقعة بسبب الحيوان و البناء[٣٦].

و الواقع ان الخطأ الوارد في هذه المواد واجب الاثبات تجاه المدعى عليه من قبل المضرور الى جانب اركان المسؤولية الاخرى من الضرر و العلاقة السببية بينه و بين الخطأ،وفقا للقاعدة العامة في الاثبات التي تقرر أن عبء الاثبات يقع على المدعي.

ثم راى المشرع ان في تكليف المضرور مدعي المسؤولية عبء اثبات الخطأ يكون امرا عسيرا عليه في اغلب الاحيان بحيث يصعب عليه الحصول على حقه في التعويض.كما و دلت الظروف التي استجدت على قصور فكرة الخطأ لمواجهة هذه التطورات،فاصبح امر اشتراط ثبوت الخطأ لقيام المسؤولية اجحافا و ظلما بحق المطالب بالتعويض.فهكذا لكل هذه الاسباب و بتاثير كتابات الفقهاء اخذت فكرة الخطأ تضعف شيئا فشيئا حتى اوشكت ان تختفي في بعض الحالات،تارة تحت ستار الخطأ المفترض فرضا قابلا لاثبات العكس و اخرى تحت ستارالخطأ المفترض فرضا غير قابل لاثبات العكس،حتى اختفت تماما في حالات أخرى وحلت محلها نظرية المخاطر او تحمل التبعات[٣٧].و كان الفقه هو الرائد في المناداة بهذه النظرية،فكانت خطوات الفقه لتدعيم و ترسيخ هذه الفكرة كأساس للمسؤولية اسرع من القضاء الذي سار خلفه بخطوات مترددة، و لم يشأ ان يساير التطور الى نهايته فوقف عند حد الخطأ المفترض ،و لم يجاوزه الى مسؤولية المخاطر.اما الفقه فقد استجاب لنظرية المخاطر وسلك مسالك شتى للوصول اليها،فقد لجأ الى وسائل يغني الاستناد اليها من الرجوع الى النصوص الخاصة بالمسؤولية و منها الاستناد الى سلطة القاضي للتوسع في مفهوم الخطأ باعتبار انه اخلال بواجب قانوني سابق، فالتوسع في مفهومه يعني زيادة الواجبات القانونية، فيكون الاخلال باي منها سببا لقيام المسؤولية .او الاخذ بقرائن الاحوال و اعتبار الخطأ

---

[٣٦].le' Pierre Raynaud, Code Civil, encyclopedie Juridiane Dalloz, deuxieme dition, 7-volume, Tome 1-1V . Paris, 1973-1974, P.437-438.

[٣٧] د. انور سلطان،النظرية العامة للالتزام،الجزء الاول،دار المعارف المصرية،١٩٦٤،ص٤٧٢.

متحققا لمجرد وقوع الضرر. و احيانا بتطبيق قواعد المسؤولية العقدية و ذلك بنقل مجال البحث في المسؤولية التقصيرية الى المسؤولية العقدية و اعتبار ان أي ضرر يصيب الضحية مرجعه اخلال المسؤول بالتزامه العقدي[٣٨].

هذا و لعدم كفاية هذه الوسائل[٣٩]،حاول الفقه معالجة الامر عن طريق الاحتيال على بعض نصوص التقنين المدني الفرنسي، و قياس الالات بالبناء، مادام يكفي في البناء اثبات العيب ليكون صاحبه مسؤولا،كذلك الآلآت اذا اثبت الضحية العيب فيها ليثبت مسؤولية صاحبها الا ان ذلك لم يستقم ايضا لصعوبة اثبات العيب في هذه الحالات[٤٠]. ولما لم تجد هذه المحاولات نفعا، واجه الفقه الامر بطريقة مباشرة فنادى الى انه ليس من الضروري تاسيس المسؤولية على فكرة الخطأ فحسب وانما يجوز اقامتها على فكرة اخرى غير الخطأ و هي فكرة الضرر او تحمل التبعة. و بذلك برز الضرر في المسؤولية مجددا حتى كاد ان يغطي فكرة الخطأ و رجع تطور المسؤولية الى نقطة الابتداء يوم كانت المسؤولية موضوعيا لا شخصيا أي قائمة على أساس التعدي المادي او الضرر و ليست مبنية على الخطأ [٤١].

اما المسؤولية الادارية فانها لم تكن في معزل عن التطور الذي شهدته المسؤولية المدنية،فبينما كان المبدأ السائد في فرنسا و الدول الاخرى و حتى اوائل القرن التاسع عشر بصورة عامة هو مبدأ عدم مسؤولية ألادارة، نجد انه بتطور الفكر القانوني و تحت تاثير المبادىء الديمقراطية التي تنادي باحترام حقوق الانسان،من بينها حقه في التعويض عما يلحق به من ضرر بفعل السلطة الادارية [٤٢].و كذلك عدول المشرع الفرنسي عن تفسير السيادة تفسيرا ضيقا باعتبارها تتناقض مع مبدا مسؤولية ألادارة، ولتعارض المبدا الاخير مع التطورات الجارية في المجتمع نتيجة لانتشار المبادىء الاشتراكية،اذ لم تعد الدولة تكتفي بممارسة السلطة لوحدها،بل اصبحت تتدخل بطريقة ايجابية في انشاء و ادارة المشاريع الاقتصادية التي كان في العادة يتولاها الافراد العاديون،وما رافق ذلك من نشوء محاكم ادارية في فرنسا لتنظر في المسائل التي تكون ألادارة طرفا فيها[٤٣]،بسبب كل هذه العوامل فقد اقر مجلس الدولة الفرنسي مبدأ مسؤولية ألادارة كنظرية جديدة في مجال القانون العام،والتي اعتبرت فيما بعد الحجر الأساس للقانون الاداري، وقد كان حكم مجلس الدولة الفرنسي في

---

(٣٨) د.غازي عبدالرحمن ناجي،المسؤولية عن الاشياء،المصدر السابق،ص١٣-د.عبدالرزاق السنهوري،المصدر السابق، ص٧٦٦.

(٣٩) نشير الى اننا سنتعرض الى الوسائل التي ساعدت على ظهور النظرية الموضوعية(نظرية تحمل التبعة)عند دراستنا لموضوع مسؤولية ألادارة على أساس الضرر و ذلك في الفصل الثالث من الباب الاول .

(٤٠) د.سليمان مرقس،المصدر السابق ،ص٨٧.

(٤١) د.عبدالرزاق السنهوري،الوجيز في شرح القانون المدني ،جزء الاول ،دار النهضة مصر ،القاهرة ،١٩٦٦،ص٣٠٣- وكذلك انظر جبار صابر طه ،المصدر السابق ،ص٢٩.

(٤٢) د.محمد الشيخ عمر،المصدر السابق،ص٦٤.

(٤٣) د.حسن زكريا ،المرجع السابق،ص١٦.

قضية روتشيلد سنة ١٨٥٥ فاتحة هذا الطريق ثم تبعه حكمه في قضية بلانكو سنة ١٨٧٣ الذي جاء مؤكدا لحكمه السابق،وبفضله استقر مبدا مسؤولية ألادارة في عالم القانون [٤٤].

و مما يلفت النظر ان العامل المهم الذي ساعد على تبلور فكرة مسؤولية الادارة. ما جرى بشأن فكرة الشخصية المعنوية من تطور على يد الفقهاء الالمان،حيث اعترف لشخص المعنوي بشخصية قانونية مستقلة و بأرادة خاصة به، وما يستتبع ذلك من مكان مساءلته عن الاعمال غير المشروعة الصادرة عنه وقام بعض فقهاء القانون لعام الفرنسي بتطبيق هذه الفكرة على ألادارة باعتبارها شخصا معنوياعاما[٤٥].

و تطور الوضع القانوني بعد حكم بلانكو على أساس التفرقة بين اعمال ألادارة لشبيهة باعمال الافراد و سميت باعمال ألادارة المدنية (Actes de Gestion)،وبين اعمال ألادارة المعروفة باعمال السلطة العامة (Actes de Puissance) فتقررت مسؤولية لادارة عن الطائفة الاولى من الاعمال دون الثانية.

و لكن قضاء مجلس الدولة الفرنسي تخلى عن هذه التفرقة بسبب الانتقادات الموجه ليه. و بصدور حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية زيمرمان سنة ١٩٠٣حيث تقرر فيه مبدا المسؤولية عن كافة اعمال ألادارة غير المشروعة فيما عدا اعمال السيادة .و كان حكمه في قضية توماسكو جريكو سنة ١٩٠٥حكما حاسما عدل نهائيا عن هذه التفرقة [٤٦].

يتضح من كل ما تقدم ان فكرة الخطأ كانت أساس مسؤولية ألادارة منذ نشوء هذه المسؤولية،و انها تطورت في مجال القانون الاداري بحيث اصبحت لها الخصائص الذاتية المختلفة و المتميزة عن فكرة الخطأ في القانون المدني.و سوف نقوم ببيان تلك الخصائص المميزة للخطا الاداري في الفصول القادمة .

---

[٤٤] لم تكن في فرنسا قبل عام ١٧٨٩محاكم ادارية،انما كانت هناك محاكم عادية تسمى بالبرلمانات والتي كانت تخضع لرقابة مجلس الملك(Conseil de Roi)،و تختص بالنظر في كافة المنازعات العادية منها و الادارية .ولكن بقيام الثورة الفرنسية تم الغاء هذه البرلمانات،فتولت ألادارة نفسها بالفصل في منازعاها و سمي ذلك (بنظام ألادارة القاضية)و استمر هذا الوضع حتى صدور دستور السنة الثامنة و تم بمقتضاه انشاء مجلس الدولة(Conseil d' Etate)و باشر العمل مع نهاية عام ١٧٩٩ .وقد كان قضاءه محجوزا في بادىء الامر اذ لم تكن احكامه تنفذ ضد ألادارة الا بمصادقة القنصل الاول (رئيس الدولة).وفي مرحلة تالية من التطور و بالتحديد في عام ١٨٧٢ صار لمجلس الدولة القوة الذاتية و تحرر من سلطان رئيس الدولة بصدور قانون ٢٤ مايو ١٨٧٢في فرنسا فاصبح قضاءه باتا يتمتع بقوة تنفيذية بمجرد صدوره-راجع الدكتور عبدالرحمن نورجان الايوبي،المصدر السابق،ص٢٥/و كذلك د.محمد رفعت عبدالوهاب و د.احمد عبدالرحمن شرف الدين،القضاء الاداري،المكتب العربي للطباعة،القاهرة،١٩٨٨،ص٢٩٨ص٣٠٠.

[٤٥] ابتكر نظرية الشخصية المعنوية الفقيه الالماني **Gierke** و طبقها على الدولة الفقيه **Jellinek** -و أحتضنها في فرنسا الفقيهان **Michoud**و**Houriou** -راجع د.حسن زكريا،المرجع السابق ،ص١٧.

[٤٦] حامد مصطفى ،مبادىء القانون الاداري العراقي،شركة الطبع و النشر الاهلية ،بغداد ١٩٦٨،ص١٧٠ص١٧١-و د. سليمان الطماوي ،المصدر السابق ،ص٩.

و مع تعقد ألادارة الحديثة و تشعب نشاطها في النصف الثاني من هذا القرن، ابتدع مجلس الدولة الفرنسي فكرة اخرى لتكون أساسا اخر لمسؤولية ألادارة و تمثلت في فكرة المخاطر التي تقوم المسؤولية بموجبها بمجرد وقوع الضرر دون الاكتراث بوجود الخطأ.

يضاف الى ذلك انه مع ازدياد صدور احكام المبادىء لمجلس الدولة الفرنسي ،نشأ نوع جديد من القواعد تصلح للتطبيق على منازعات ألادارة ،و تكون قائمة الى جانب قواعد المسؤولية المدنية،وهي قواعدالمسؤولية الادارية .هذا و سنبين في هذه الرسالة مدى صلاحية كل من نوعي القواعد لتطبيقها على قضايا مسؤولية ألادارة.

رابعا-مسؤلية ألادارة في الشريعة الاسلامية.

تميزت الشريعة الاسلامية منذ اوائل عهدها بالتفرقة بين نوعين من العمل غير المشروع،اولهما ما يقع على النفس من قتل و جرح و ايذاء،و ثانيهما مايقع على المال كالاتلاف و الغصب[٤٧].

وقد قضى الاسلام على الكثير من الاعراف و الانظمة التي كان معمولا بها في الجاهلية . فشرع القصاص لوضع حد للثأر كما جعل الدية وجوبيا في اغلب الحالات[٤٨]. ففي قتل الخطأ الزم الجاني بدفع الدية الوجوبية لورثة المجنى عليه مع تحرير رقبة مؤمنة، و قصر حق القصاص على الجرائم العمدية فقط .و ميزت هذه الشريعة كغيرها من الشرائع بين الجرائم العامة و الجرائم الخاصة و رسمتها في صورة حق الله و حق العبد .فجعلت عقوبات الحد و التعزير و الكفارة و الحرمان جزاء لجرائم الصورة الاولى و من خصائص هذه العقوبات انها لايجوز النزول عنها و لاتنتقل الى الورثة .في حين فرضت عقوبات القصاص و الدية و الارش (الدية الجزئية) او حكومة العدل (التعويض المقدر من قبل القاضي)جزاء لجرائم الصورة الثانية .و من خصائص هذه العقوبات انها يرد عليها الصلح و يجوز النزول عنها و تنتقل الى الورثة [٤٩].

اما الجرائم التي يقع على المال فلم ترد بشانها نصوص خاصة في القران الكريم، ولم يكن هناك عرف يستحق الذكر في الجاهلية لكي يأخذ به الاسلام ،فاصبح المجال رحبا لفقهاء المسلمين لأبداء ارائهم واستحداث نظريات و تقرير مبادىء بصددها ، فتعرضوا لاهم جرائم المال و هي الغصب و الاتلاف [٥٠]. و فقهاء الشريعة ،بما عرف

---

[٤٧] د.منذر عبد الحسين الفضل ، المصدر السابق ،ص٢٩٦

[٤٨] جبار صابر ،المصدر الصابق ،ص٣٥.

[٤٩] د.محمد ابو زهرة ،الجريمة و العقوبة في الاسلام ،دار الفكر العربي ،القاهرة بلا سنة طبع،ص١١٣–و انظر ايضا د.عبدالرزاق السنهوري ،مصادر الحق في الفقه الاسلامي ،الجزء الاول ،القاهرة ،ص٥١ص٥٢.

[٥٠] د. سليمان مرقس ،المصدر السابق ،ص١٠٢.

عنهم من الدقة الفائقة في انتقاء و استخدام الألفاظ قد اطلقوا كلمة الضمان على حالات من المسؤولية التي يكون فيها الشخص مسؤولا دون تعد منه و لا تفريط[٥١] .

كما فرقوا في باب العمل غير المشروع الواقع على المال بين المباشر و المتسبب، وفردوا لكل منهما حكما خاصا، فالمباشر يكون ضامنا سواء كان متعديا او متعمدا، بينما لايضمن المتسبب الا في حالة تعمده .

ثم توسعت فكرة التعدي فلم تعد مقتصرة على حالة تجاوز حدود الحق بل شملت ايضا عدم التبصر و الاهمال و الاساءة في استعمال الحق[٥٢].

و مهما يكن من أمر،فان فقهاء المسلمين لم يأتوا بقاعدة عامة للمسؤولية المدنية و انما عالجوها في فروع تفصيلية ،الا انهم استخلصوا منها قواعد تصلح في مجموعها ان تكون مبدا عاما[٥٣]

يتبين لنا مما تقدم ان الفقه الاسلامي عرف المسؤولية المدنية بأرقى صورها،وانه احسن اختيار مصطلح الضمان لانه ادق في التعبير عن فكرة التعويض عن الضرر من لفظ المسؤولية . كما و يتبين ان النزعة الموضوعية هي السائدة في هذا الفقه لاشتراطه التعدي(الركن المادي)في سلوك فاعل الضرر دون الادراك (الركن المعنوي).

ومن هنا يمكن القول ان أساس المسؤولية في الفقه الاسلامي هو الضرر دون ان يكون للخطأ بمعناه القانوني الدقيق من اثر عليه .

اما فيما يتعلق بمسؤولية ألادارة و أساسها في الشريعة الاسلامية ،فانها ترتبط الى حد بعيد بمدى معرفة هذه الشريعة للمسؤولية عن فعل الغير باعتبارها استثناء من القاعدة العامة في المسؤولية .ان مسؤولية الامير و الولاة عن اعمال خدمهم و تابعيهم هي مسؤولية عن فعل الغير وفقا لعلاقة التبعية القائمة بينهم ،و بما ان القاعدة العامة في الشريعة الاسلامية هي ان كل فرد يسأل فقط عن النتائج الضارة لفعله دون غيرها، مما حدى ببعض الفقهاء[٥٤] الى انكار معرفة الشريعة الاسلامية للمسؤولية عن فعل الغير مستندين في ذلك الى قوله تعالى "كل نفس بما كسبت رهينة "(الاية٣٧ سورة مدثر) وقوله تعالى "لايكلف الله نفسا الا وسعها لها ما كسبت و عليها ما اكتسبت "(الاية ٢٨٦ سورة البقرة)"ولاتزر وازرة وزر اخرى"(الاية ١٦٣ سورة الانعام) وما روي عن عمر بن خطاب (رض)قوله عندما كان يقتص من عماله "انني لم امرهم بالتعدي فهم في اثناء عملهم هذا يعملون لانفسهم لا لي "و يذهب جانب اخر من الفقه[٥٥] عكس ما ذهب

---

(٥١) د.عباس حسن صراف،المصدر السابق،ص٦٩.

(٥٢) د.سليمان مرقس ،ص١٠٦ .

(٥٣) جبار صابر .ص٣٥.

(٥٤) في هذه المعنى انظر–منير القاضي،محاضرات في القانون المدني ،مطبعة دار المعرفة ،بغداد،١٩٥٤،ص٣٣،و الدكتور عبدالمجيد الحكيم،الموجز في شرح القانون المدني_مصادر الالتزام ،الطبعة الخامسة ،مطبعة النديم،بغدادو١٩٧٧، ص٥٧٢.

(٥٥) بهذا الصدد انظر–دمحمد الشيخ عمر،المصدر السابق،ص٢٨–د.غازي عبدالرحمن ناجي،مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع، بحثه السابق ،ص٦٣٥.

اليه الراي الاول، فهم يؤكدون على معرفة الشريعة الاسلامية للمسؤولية عن فعل الغير، ويستدلون في ذلك بالحديث الشريف "كلكم راع و كلكم مسؤول عن رعيته فالامام راع وهو مسؤول عن رعيته "و ما وردت من حالات عملية اعتبرت من تطبيقات المسؤولية عن فعل الغير منها ما ثبت ان ابا بكر و عمر بن عبدالعزيز (رض)كانا يعوضان من بيت المال كل ضرر نتج عن اعمال موظفي الدولة . وما روي من ان رجلا جاء الى الخليفة عمر بن عبدالعزيز فقال له " يا امير المؤمنين زرعت زرعا فمر به جيش من اهل الشام فافسده" فعوضه الخليفة عشرة الاف درهم، وما يروى كذلك من ان شرطيا حفر بئرا في احد الاسواق العامة فوقع فيه شخص و مات فرفع الامر الى القضاء فحكم على الوالي الذي يتبعه ذلك الشرطي بالدية لمصلحة اهل القتيل ،وكما ورد في صحيح السنن ان خالد بن الوليد قتل مئة رَجل من قبيلة جذيمة بعد ان اعلن اهلها الخضوع، فاستنكر الرسول (ﷺ)ذلك فارسل علي بن ابي طالب ليدفع لهم دية قتلاهم على اعتبار ان القتل وقع خطا، ودفع بدل الاموال [٥٦].

وبخصوص ما استند اليه الراي الاول من مدلول الاية "و لا تزر وزارة وزر اخرى" فقد اجيب بانها تعني عدم مؤاخذة شخص بجريرة اخر فالارجح انها تشير الى المسؤولية الجنائية و لا تتعارض مع قيام المسؤولية المدنية عن فعل الغير [٥٧].وان حصل واعتبرت هذه الاية القاعدة العامة المعمول بها في الاسلام فليس غريبا في ان يرد عليها الاستثناء،كما هو الحال في كثير من المبادىء الأساسية المقررة في التشريعات الوضعية التي لا تخلوا من مستثنيات تقتضيها المصلحة العامة ومن اهمها اقرارها للمسؤولية التبعية وهي استثناء من القاعدة العامة القائلة بعدم مساءلة الشخص عن خطأ غيره [٥٨].

اما فيما روي عن عمر بن عبدالعزيز انه كان يقتص من عماله عندما كانوا يعتدون في وظائفهم.فالظاهر ان فيه ما يدل على رجوع الدولة على موظفيها عند ارتكابهم اخطاء عمدية[٥٩].

و في اعتقادنا ان ما ذهب اليه الراي الثاني هو الارجح والاقرب للصواب ، ونقول بان فكرة مسؤولية ألادارة على صورتها المعروفة حاليا قد عرفتها الدولة الاسلامية منذ القرن السادس الميلادي،عندما لم تكن نظرية المرافق العامة الأساس الذي تبني عليه فكرة مسؤولية ألادارة،فبالرغم من قلة اعداد المرافق الادارية و بساطتها في ظل النظام الاداري للدولة الاسلامية ، فقد كانت مملوءة الذهن بالافكار الحديثة للمسؤولية. واهم مظهر من المظاهر الدالة على تبني الدولة الاسلامية لفكرة المسؤولية الادارية هو ذلك

---

(٥٦) د. محمد ابو زهرة ،بحثه الموسوم ولاية المظالم في الاسلام ،منشور في مجلة القضاء ،العددان الرابع والخامس ،السنة الثامنةعشرة،١٩٦٠،ص٥٤٢ ص٥٥٨ بالاشارة الى ص٥٤٤.

(٥٧) د.غازي عبدالرحمن ناجي،ص٦٣٦.

(٥٨) د. محمد ابو زهرة ،مقاله السابق ،ص٥٤٨.

(٥٩) جبار صابر ،المصدر السابق ،ص٣٦١.

القضاء الذي كان قد ولد مع اول حكومة اسلامية المسمى (بديوان المظالم)[٦٠]. وهو قرب ما يكون الى القضاء الاداري او مجلس شورى الدولة من حيث الطبيعة والاختصاص منه الى القضاء العادي[٦١].

و بناء على ذلك فان الشريعة الاسلامية قد سبقت غيرها من الشرائع في تقرير مسؤولية ألادارة [٦٢].وانها قد عرفت نظام القضاء الاداري قبل غيرها من الشرائع ايضا[٦٣].

ولا يخفى ان الضرر كان الأساس في مسؤولية ألادارة في ظل هذه الشريعة مثلما كان أساسا للمسؤولية المدنية فيها بصورة عامة، فهذا الأساس (الضرر) كان اكثر انسجاما مع مبادئ الشريعة الاسلامية ومع فلسفة الحكم المنبثقة عنها ،المتمثلة في ضمان حقوق الافراد من كل اعتداء عليها من قبل السلطة العامة .

خامسا –مسؤولية ألادارة في الشريعة الانكلوسكسونية

من المعروف ان قسما كبيرا من النظام القانوني الانكليزي (الانكلوسكسوني)يعتمد على العرف او العادات فهذا النظام يختلف عن النظام القانوني اللاتيني (الفرنسي)في انه يخلو من قاعدة عامة مهيمنة على كل فروع القانون ،بل يتضمن بدلا من ذلك قواعد محددة لحالات فرعية، وتتضمن كل قاعدة حكما خاصا لحالة بعينها او حكما عاما لأوضاع متشابهة.ولذا يتشابه هذا النظام من حيث الشكل والصياغة مع الشريعة الاسلامية[٦٤].

ولما كان نظام المسؤولية جزء من النظام القانوني السائد في اية دولة نلاحظ ان القانون الانكليزي لم يورد نظرية عامة للمسؤولية المدنية، وانما اورد مجموعة من الاعمال الضارة نصت عليها الشريعة العامة (Common Law) وحددت لكل منها حكما خاصا لذلك سمي بقانون الجرائم المدنية وليس بقانون الجرم المدني[٦٥].

---

[٦٠] ان اول من تولى ولاية المظالم في الاسلام الخليفة علي بن ابي طالب ، وان اول من انشا ديوانا للمظالم كجهاز قضائي قائم على الدوام الخليفة الاموي عبدالملك بن مروان (٦٥-٨٦هـ)انظر د.محمود رفعت عبدالوهاب و د.احمد عبدالرحمن شرف الدين ،المصدر السابق ،ص٢٢١.

[٦١] انظر حامد مصطفى ،المصدر السابق،ص١٧٧ص١٧٨-د.محمد ابو زهرة،ص٥٤٢.

[٦٢] ولتاكيد ذلك نجد ان القاعدة التي وجدت في صدر الاسلام و القائلة بان(كل متضرر لايعرف فاعل الضرر،له ان يطالب بالتعويض من بيت المال لان هذا البيت يقوم مقام المدين).للتفصيل أنظر د.حسن الخطيب،المصدر السابق، ص١٨٨

[٦٣] راجع د.عبدالباقي نعمت الله ،المحاكم الادارية في ضوء القانون رقم ١٤٠ لسنة ١٩٧٧،بحث منشور في مجلة القانون المقارن، العدد العاشر ،السنة السابعة ،١٩٧٩ ، ص١٥٩ ص١٨٤ بالاشارة الى ص١٦١ –وايضا د. عباس العبودي ، المصدر السابق ،ص٢٢٠ ،–د. محمد رفعت .ود. احمد شرف الدين ،ص٢٢٢ .

[٦٤] د. عباس حسن صراف ،المصدر السابق، ص٥٦ .

[٦٥] Salmond"on the Law of Torts " by Heuston 15 th edition ,London 1969 ,Sweet Maxwell ,P.19 .

نقلا عن جبار صابر ،المصدر السابق،ص ٤١ .

و في مجال المسؤولية عن فعل الغير،يذهب رأي الى عدم معرفة القانون الانكليزي للمسؤولية التبعية الا مع بداية القرن الثامن عشر،باستثناء نصوص قليلة اقرت تلك المسؤولية في نطاق وظائف محددة وللاشخاص الذين يشغلونها،وهي وان سميت بالمسؤولية التبعية الا انها في الحقيقة ليست سوى مسؤولية ذاتية اذ انها لا تتحقق الا بأعتبار المتبوع او ألادارة شريكا للتابع او الموظف في ارتكاب الفعل الضار او امرا به او موافقا عليه بعد وقوعه [٦٦].

و يؤكد راي اخر بان القانون الانكليزي قد عرف المسؤولية التبعية قبل القرن الرابع عشر، عندما كان السيد يسأل عن الاعمال غير المشروعة لرقيقه وتابعيه على أساس امتلاكه لهما [٦٧].

ولكن ايا كانت حقيقة الخلاف فان المتفق عليه في هذا الصدد هو ان المسؤولية التبعية بمفهومها الحديث بدأت بالظهور في انكلترا مع بداية الانفتاح الصناعي والتجاري الذي حصل فيها مع اواخر القرن الثامن عشر نتيجة الثورة الصناعية [٦٨].

اما مسؤولية ألادارة (الملك)عن اعمال تابعيها فان امرها كان مختلفا ، فالنظام الانكليزي المتسم باللامركزية الشديدة قد ميزت بين ألادارة المركزية والادارات المحلية في الدولة ، وقد منحت الادارات المحلية شخصية معنوية و استقلالا ذاتيا كبيرا لممارسة سلطاتها الى حد ان اعتبرت الوحدات المحلية الانكليزية نوعا من الحكم المحلي الذي يعد اقصى درجات اللامركزية الاقليمية، اما ألادارة المحلية فتقع على مستوى اقل [٦٩].

فبينما كانت الادارة المركزية غير مسؤولة عن الافعال غير المشروعة لموظفيها، نجد ان الادارات المحلية(الحكومات المحلية) تسأل عن اخطاء موظفيها و تابعيها كالاشخاص الطبيعة الاخرى[٧٠].

و يرجع مبدا عدم مسؤولية ألادارة المركزية في انكلترا الى المبدأ التاريخي القائل بان الملك لا يخطئ(The King can do no Wrong)، فهو غير مسؤول ازاء الافراد

---

[٦٦] P.S.Atiyah:"Vicarious liability in the Law of Torts "London, Butterworths, 1967,P.116 .

[٦٧] H.W.R. WADE,Administrative Law ,second edition, Giarendon press, Oxford, 1963, P.96 .

[٦٨] P.S.Atiyah,P.117 .

[٦٩] د. محمد محمد بدران ، ألادارة المحلية ،دار النهظة العربية، القاهرة ، ١٩٨٦ ، ص٢٠ -وللمزيد من التفصيل راجع استاذنا عبدالرحمن رحيم، بحثه الموسوم اللامركزية الادارية و اللامركزية الفدرالية ،منشور في مجلة القانون و السياسة، ع١، ١٩٩٤ ،ص٢٣١ص١٤٨ بلااشارة الى ص١٣٦ .

[٧٠] تنقسم ألادارة الانكليزية بصورة عامة الى قسمين :القسم الاول-ألادارة المركزية و تضم كافة الوزارات و الادارات المركزية. و القسم الثاني-و يتكون من الادارات الاقليمية التي تمارس السلطة المحلية، و من المؤسسات التي تدير الدومين الخاص - انظرد.عدنان عبود احمد،الحكومة المحلية كياناتها و وظائفها في انكلترا و الجمهورية العراقية،بحث منشور في مجلة القانون المقارن،العدد السابع العشر،١٩٨٥،ص٧١ص١٢٦ ،بالاشارة الى ص٧٨ و ما بعدها.

بصورة مطلقة.ولما كان كيان الدولة يتجسد في شخص الملك، فان تلــك الحمايــة قـد امتدت لتشمل كافة،موظفي الدولة،بحيث اصبح امر مساءلتهم عما تصدر عنـــهم مـــن اعمال غير مشروعة غير ممكن حتى في ذممهم الخاصة، على ان ما كان يخفف مـــن غلواء تلك القاعدة، امكان المضرور في حصول على بعض حقوقه عن طريـــق مظلمــة تقدم الى الملك و تسمى بـــ التماس الحقوق(Petition of rights) و تطلـــب فيـــه رفـــع الاعتداء الاداري الواقع. و بموافقة الملك عليه كان يمكن للمضرور مقاضاة موظفـــي الدولة امام القضاء[٧١]

و مع هذا كان التماس الحقوق ذا نفع محدود،فبالاضافة الى التعقيد الذي تتسـم بـه اجراءات التماس الحقوق حيث كان يعد تفضلا من الملك لا يحق للافراد الاحتجاج به.

و نظرا لعدم انسجام هذا الوضع مع ما طرأ على وظائف الدولة من تطور في العصر الحديث و تدخلها في كافة الميادين التي كانت حكرا على الافراد فـــي المـــاضي،اصـــدر المشرع الانكليزي قانون الاجراءات الملكية لعام١٩٤٧(The crown proceeding act) و اصبح نافذا بعد سنة من صدوره مقررا فيه للمرة الاولى مسؤولية التاج(الدولـــة) عـــن اعمال موظفيها غير المشروعة،و بذلك اصبح التاج في نفس المركز القـــانوني الـــذي يوجد فيه الافراد العاديون كما تقررت مسؤولية ألادارة في الولايات المتحدة الامريكيـــة لاول مرة بصدور قانون سنة ١٩٤٦[٧٢].

و الملاحظ ان الخطأ كان أساس مسؤولية التاج(ألادارة) ،اذ لم يكن بامكان المضرور من أعمالها مطالبتها بالتعويض ما لم يثبت خطأ من جانبها و الذي تسبب عنه الضـــرر وفقا للمعيار المعتمد في تقريره.اما القواعد التي تحكم قضايا المسؤولية في ظـــل هـــذا النظام،فهي القواعد المدنية بصورة عامة لعدم وجود قضاء اداري متخصص في انكلترا.

سادسا – مسؤولية ألادارة في التشريع المصري .

كان النظام الاداري في مصر قبل انشاء المحاكم المختلطة سنة (١٨٧٥)و المحـــاكم الاهلية(١٨٨٣)نظاما فوضويا و غير مســـتقر لخـــرق ألادارة مبـــدا المشـــروعية فـــي تصرفاتها، كما كان نظام الحكم فيه مطلقا و استبداديا لا يخضع الحاكم للقانون لانه هـــو صانع القانون، و سلطات الدولة القضائية و التنفيذية غير مستقلتين و كانتا تخضعـــان لأرادة الحاكم باعتبارها هي القانون .وغالبا ما كانت اعمال القضاء تتداخل مع اعمـــال ألادارة و تخضع احداهما لتاثير الاخرى بسبب عدم وضوح الرؤية حول مبـــدا الفصـــل

---

[٧١] انظر د. عبدالرحمن نورجان،المصدر السابق،ص٤٣د.حسن زكريا ،مقاله السابق،ص٧–وايضا فـــان امكانيـــة مقاضـــاة الموظف بصفته الشخصية عن العمل غير المشروع الواقع منه في مجال وظيفته و اقتضاء التعويض من ماله الخاص قـــد ســـاعد على التخفيف من حدة مبدا عدم المسؤولية –انظر د.عبدالرحمن نورجان،ص٤٩–و ايضا د.عبدالسلام الترمـــانيني،المصـــدر السابق،ص٦٤١.

[٧٢] د. محمد فؤاد مهنا،المسؤولية الادارية في تشريعات البلاد العربية ،مركـــز البحـــوث و الدراســـات العربيـــة، القـــاهرة، ١٩٧٢،ص٢٠.

بين السلطات في ذلك الوقت فلم يكن من المتصور تقريرمسولية ألادارة ازاء الافراد في ظل هذا النظام في مصر[٧٤] .

ولكن تغير الوضع كثيرا بعد صدور لائحة ترتيب المحاكم المختلطة و الاهلية ،اذ تقرر معهما و لأول مرة قاعدة خضوع ألادارة للقانون[٧٥].و بالتالي مسؤوليتها عن اعمالها الضارة.

و قد أفرد القانون المختلط اربع مواد للمسؤولية و هي المواد (٢١٢-٢١٥)،اذ تضمنت المادة ٢١٤ على مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع ،ثم ادمج القانون الاهلي المواد الاربعة في ثلاث و هي المواد(١٥١-١٥٣)وجاء في المادة ١٥٢على انه(يلزم السيد بتعويض الضرر الناشيء عن افعال خدمه متى كان واقعا منهم حال تأدية وظائفهم)، فهذه النصوص المدنية هي التي كانت تطبقها المحاكم العادية على جميع قضايا مسؤولية ألادارة و بالتحديد نص المادة ١٥٢ السابق ذكرها ،اي ان مسؤولية ألادارة كانت قد اعتبرت في ظل هذه القوانين على انها مسؤولية غير مباشرة وعن فعل الغير.واستندت هذه المسؤولية على فكرة الخطأ كأساس لها و كان القضاء يشترط ثبوت الخطأ حتى يحكم بالتعويض عن الضرر المحدث[٧٦].

اما القانون المدني المصري الحالي رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ فقد نص على مسؤولية ألادارة باعتبارها متبوعا و ذلك في المادة ١٧٤ التي اعتمدت الخطأ ايضا كأساس للمسؤولية .

سابعا - مسؤلية ألادارة في التشريع العراقي .

تناول قانون الضمانات رقم ٥٤ لسنة ١٩٤٣ ولاول مرة في العراق مبدا المسؤولية عن فعل الغير[٧٧].اذ نصت المادة الخامسة منه على ان " كل شخص استخدم في ادارته

---

(٧٤) د.محمد فؤاد مهنا،المسؤولية الادارية في تشريعات البلاد العربية ،المصدر السابق ،ص٢٩ص٣٠.

(٧٥) فقد جاء في المادة ١٥ من لائحة ترتيب المحاكم الاهلية مبدأ مسؤولية ألادارة بالصيغة الاتية (تحكم المحاكم المذكورة فيما يقع بين الاهالي من دعاوي الحقوق المدنية كانت او تجارية و تحكم ايضا في المواد المستوجبة للتعزير بانواعه من المخالفات أو الجنح .....وتختص ايضا بالحكم في المواد الاتية بيانها : اولا- كافة الدعاوي المدنية و التجارية الواقعة بين الاهالي و بين الحكومة في شأن منقولات او عقارات .ثانيا -كافة الدعاوي التي ترفع على الحكومة بطلب تضمينات ناشئة عن اجراءات ادارية تقع مخالفة للقوانين او الاوامر العالية .ثالثا - كافة المواد التي تكون من خصائصها ،بمقتضى القوانين او اوامر .
هذا وقد تكرر نفس الحكم بالنسبة للقوانين المتعاقبة للسلطة القضائية منها قانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩و قانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩ و قانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ بالمعنى نفسه و بتغير طفيف في الصياغة راجع د.سليمان محمد الطماوي ،المصدر السابق ،ص٤١-د محمد فؤاد مهنا ،ص٣١ص٣٣.

(٧٦) ٧٠ د. سليمان مرقس ،المصدر السابق ،ص١١٠ص١١٢- .

(٧٧) ان اصل هذا القانون هو قانون اصول المحاكمات الحقوقية العثماني الصادر في ١٢٩٥/٦/٩ من العهد العثماني ،و اصدرت الحكومة العراقية له ذيلين،الاول برقم ٢٤ لسنة١٩٤٢والثاني برقم ٥٤ لسنة ١٩٤٣ و هو قانون الضمانات الذي ظل ساريا حتى صدور قانون المدني العراقي النافذ لسنة ١٩٥١.كما ظل قانون المحاكمات العثماني ساريا الى ان صدر قانون المرافعات

اشخاصا للقيام بخدمة عامة او باعمال اية مهمة عمرانية او تجارية او صناعية يكون مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه لمنع وقوع الاضرار وانه اذا ثبت قيامه.بما تقتضيه المصلحة من العناية اللازمة لذلك فلا تترتب عليه مسؤولية و للمستخدم حق الرجوع على الشخص الذي احدث الضرر بما سلمه من الضمان ".

فالملاحظ ان مدلول هذه المادة يشمل الحكومة و سائر مؤسسات الدولة التي تقوم بخدمة عامة فتسأل عن الاضرار الحاصلة للغير بسبب الاعمال الضارة لموظفيها، لان معنى (كل شخص) الوارد في هذه المادة يشمل الاشخاص الطبيعية و الاشخاص المعنوية على حد سواء ، وان تشريع هذا القانون كان يهدف حماية حقوق و حريات الاشخاص و تعويضهم عن الاضرار التي تلحق بهم مهما كان مصدر هذه الاضرار .

وبالنظر لعدم وجود قواعد المسؤولية الادارية في العراق ،فقد لجأت المحاكم الى تطبيق قواعد المسؤولية المدنية،وهذا ما حمل البعض[٧٨]الى القول بان القانون العراقي يقر بالنظرية القديمة التي تساوي ألادارة مع الافراد في العلاقات القانونية الناشئة بينهم، فلا تكون ألادارة مسؤولة عن الاضرار التي تلحق الافراد بسبب نشاط المرافق العامة الا اذا كان القانون يقر هذه المسؤولية في العلاقات فيما بين الافراد انفسهم، وهذه المسؤولية تقوم على أساس الخطأ الصادر عن الموظف او التابع .

و بصدور القانون المدني الجديد رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ ،تضمنت المادة ٢١٩ منه مبدا المسؤولية التبعية بقولها " الحكومة و البلديات و المؤسسات الاخرى التي تقوم بخدمة عامة و كل شخص يستغل احدى المؤسسات الصناعية او التجارية مسؤولون عن الضرر الذي يحدثه مستخدموهم ....". فهذه المادة قد عددت الاشخاص العامة المسؤولين عن اعمال مستخدميهم او موظفيهم فلم يبق بعد ذلك شك في قيام مسؤولية ألادارة في العراق، كما و جعل هذه المادة من الخطأ أساسا لهذه المسؤولية .

و مهما يكن من امر فان مسؤولية الدولة عن اعمال السلطة العامة قد تقررت لاول مرة في العراق في حكم محكمة التمييز الصادر في ١٩٥٧/٣/١٤ في القضية المشهورة بحادث سجن كوت [٧٩].حيث فتح السجانون النار على مساجين قاموا بمظاهرة احتجاج داخل مبنى السجن و ادى الى مقتل و جرح اكثر من مئة سجين ،فتقررت مسؤولية

المدنية الحالي رقم ٨٣لسنة ١٩٦٩. انظر المحامي حسين المؤمن ،استجواب الخصوم في الدعاوي المدنية والتجارية ،بحث منشور في مجلة القضاء ،العددان الاول و الثاني ،السنة الثالثةوالثلاثون،١٩٧٨.ص٤١ ص٧٤ بالاشارة الى ص٦٩.

(٧٨) بهذا المعنى انظر حامد مصطفى ،المصدر السابق ،ص١٧٤ص١٧٥.

(٧٩) انظر في تفصيل هذا الحادث-الحاكم ضياء شيت خطاب،راي القضاء العراقي في مسؤولية الدولة عن اعمال موظفيها في حادث سجن كوت ،مقال منشور في مجلة القضاء ،العدد الرابع .١٩٥٨.ص٥٠٥ص٥٢٦،بالاشارة الى ص٥٠٥.

الشرطة الشخصية عن الحادث بالاضافة الى المسؤولية التقصيرية لـــوزراء الشـــؤون (الاجتماعية،والداخلية،والمالية)و الزامهم بالتعويض [٨٠].

و من كل ما تقدم يتبين لنا ان المسؤولية عموما بما فيها مسؤولية ألادارة تقوم امـا على أساس فكرة الخطأ او على أساس فكرة الضرر ،الا ان قيام المسؤولية على أســس احدى الفكرتين لا تعني ان أساس المسؤولية بقي كما كان في البداية عند ظهورها،بـــل ان هذا الأساس تطور نتيجة للتطورات الحاصلة فـــي جميـــع الميـــادين الاجتماعيـــة و الاقتصادية و السياسية، و رافق ذلك تطور في القواعد التي تنظم هذه المسؤولية الــــى قواعد تحكم المسؤولية الخاصة، و اخرى تنظم المسؤولية العامة، اي ان تطور أســـاس المسؤولية قد جرى مترابطا مع تطور القواعد التي تحكمها .

و على أي حال فقد خضعت مسؤولية ألادارة منذ ان تقررت و حتى الوقت الحـــاضر لنوعين من القواعد، قواعد المسؤولية المقـــررة فـــي القـــانون المدنـــي ،و قواعـــد المسؤولية الادارية التي ابتدعها قضاء مجلس الدولة الفرنسي، و سنتناول دراسة كـــل من أساس هذه المسؤولية و قواعدها تباعا في البابين الاول والثاني من هذه الرسالة.



(٨٠) حسن عزيز عبدالرحمن ،مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع ،بحث منشور في مجلة العدالة ،العدد الثالث ،السنة الخامســـة، ١٩٧٩،ص٨٣٩ص٨٥٥ ،بالاشارة الى ص٨٤.

-الباب الاول-

أساس مسؤولية الادارة

تمهيد و تقسيم:-

الأساس لغة من (الأس) بالضم و هو أصل البناء ، و جمعهُ (أسُسٌ)[٨١]،وورد ذكره في القرآن الكريم في عدة سور منها ((لاتَقُمْ فيه أبداً لمسَجِدٌ أسّسَ على التقوى من أول يوم أحق أن تقوم فيه،فيه رجال يحُبونَ أن يتَطهَروا والله يحب المطهَرين))[٨٢]،و (افمن أسّسَ بنيانَه على تقوى من الله ورضوان خيرٌ أم مَن أسس بنيانه على شفا جُرفٍ هار فا نهارَ به في نار جهنّم و الله لا يهدي القوم الظّالمين) [٨٣].

اما المقصود بالأساس أصطلاحا فانه يحتاج الى تحديد مدلوله العام ،فالأساس القانوني لنظام ما او لمسالة معينة هو تفسير ذلك النظام او تلك المسالة وفقا لقاعدة من القواعد او مبدأ من المباديء القانونية السائدة في مجتمع معين[٨٤].

و لنا ان نتساءل عن مدلول أساس المسؤولية الذي نحن بصدده و في هذا نجد ان الفقهاء لا يعبأوون في العادة بتحديد المعنى الذي يقصدونه عند شرحهم اياه، مما اثار خلافا كبيرا حول التكييف القانوني للمسؤولية، في حين انهم لو أهتموا بتحديد المقصود من هذا الاصطلاح واستعانوا به للتعبير عن معنى موحد، لسهل من الامر كثيرا و قضى على معظم الخلافات التي ثارت حوله[٨٥].فقد ذهب بعض الفقهاء الى اعتبار كل من أساس المسؤولية و مصدر المسؤولية مصطلحين مترادفين يعبران عن معنى واحد

---

(٨١) انظر مختار الصحاح للشيخ الامام محمد بن ابي بكر عبدالقادر الرازي،دار الرسالة ،كويت،١٩٨٣،ص١٦.

(٨٢) الاية (١٠٨) من سورة التوبة،الجزء الحادي عشر.

(٨٣) الاية (١٠٩) من سورة التوبة ،الجزء الحادي عشر .

(٨٤) استاذنا د.سعدي اسماعيل البرزنجي،الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الغربي و الفقه الاسلامي،رسالة ماجستير،مقدمة الى كلية القانون و السياسة بجامعة بغداد،١٩٧١،ص١٤٧.

(٨٥) د.محمد لبيب شنب ،المصدر السابق،ص٢٦٠.

في القانون العام و الخاص[٨٦].في حين يميز البعض الاخر بين الاصطلاحين، فيقصدون بمصدر المسؤولية (Source) (السبب الذي يلزم الشخص بتعويض الضرر الحاصل للغير)، ومصدر المسؤولية عنده يرجع الى ارادة المشرع المعبر عنها بنصوص او قواعد تشريعية تلزم المسؤول بالتعويض.اما ما يعنيه أساس المسؤولية عنده فهو (السبب الذي من اجله يضع القانون عبء تعويض الضرر الحاصل على عاتق شخص معين). ويمكن معرفة هذا السبب من الرجوع الى الاعمال التحضيرية للتشريع ومن مذكرات تفسيرية و مناقشات واضعي القانون [٨٧].

والحق ان لتحديد الأساس القانوني للمسؤولية في تشريع ما اهمية كبرى من الناحية النظرية و التطبيقية اذ يمكن على هدي هذا الأساس التعرف على قصد المشرع من النصوص التي يوردها في علاج مشكلة هذه المسؤولية[٨٨].و مهما يكن من امر فان أساس المسؤولية يعني الرابطة التي تربط بين الشخص الذي نحمله المسؤولية و بين واقعة الضرر.وتدعى هذه الرابطة في الاصطلاح القانوني، بأساس المسؤولية،اذ بدون تحقق هذه الصلة بين المسؤول وبين المضرور لا يصح القول باننا امام حالة من حالات المسؤولية، وانما نكون ازاء حالة من حالات التضامن او الاحسان [٨٩].

ومن هذا المنطلق فانه يتعين ان نبين هنا ان مسؤولية ألادارة وفقا للقواعد التي قررها مجلس الدولة الفرنسي تقوم على أساس الخطأ (Faute).ولكن المجلس يكملها على سبيل الاستثناء بفكرة المسؤولية على أساس المخاطر او تحمل التبعة (risque)[٩٠].

[٨٦] في هذا المعنى انظر د.عبدالرزاق سنهوري،الوجيز في شرح القانون المدني،المصدر السابق،ص١٧،بند ١٣–ود.محمود سعدالدين شريف ،شرح القانون المدني العراقي،الجزء الاول ،١٩٥٥،ص٦١،بند٥٩.

[٨٧] د.محمود لبيب شنب،ص٢٦٠-٢٦١.

[٨٨] د.عباس حسن صراف،المصدر السابق ،ص٧٣.

[٨٩] جبار صابر،المصدر السابق،ص٢٣٢.

[٩٠] د.محمد فؤاد مهنا ،حقوق الافراد ازاء المرافق العامة و المشروعات العامة ،معهد البحوث والدراسات العربية ،مطبعة الشاعر، اسكندرية ،١٩٧٠،ص٣٩٣.

و في كلتا الحالتين سواء اكانت المسؤولية قائمة على أساس الخطأ او على أساس الضرر يختلف الوضع بالنسبة لتحديد احكام مسؤولية ألادارة باختلاف الدول تبعا لاختلاف القواعد التي تنظم الاختصاص القضائي في الدولة (٩١).

و لهذا سنتناول في هذا الباب أساس مسؤولية ألادارة في ثلاثة فصول ،نخصص حدا من هذه الفصول لدراسة الخطأ باعتباره الأساس الاول و الاهم لمسؤولية ألادارة، بينما نخصص فصلا اخر لدراسة مسؤولية ألادارة على أساس الضرر(المخاطر او تحمل التبعة) باعتباره أساسا حديثا و استثنائيا لمسؤولية ألادارة.و لكن قبل هذا و ذاك سنتطرق الى موضوع و ثيق الصلة بأساس مسؤولية ألادارة، و هو تحديد الطبيعة القانونية لتلك المسؤولية اذ انه من الاولويات الواجبة مراعاتها عند دراسة أي نظام لمسؤولية معرفة الطبيعة القانونية لتلك المسؤولية Nature Juridique، وهذه تكون كثر اهمية من معرفة أساس تلك المسؤولية ،وان كان تحديد هذا الأساس يعتمد الى حد كبير على النتائج التي تؤدي اليها معرفة الطبيعة القانونية لتلك المسؤولية (٩٢).
لذا فان تقسيم هذا الباب سيكون على ثلاثة فصول كالاتي :-

*الفصل الاول -الطبيعة القانونية لمسؤولية ألادارة .

*الفصل الثاني -مسؤولية ألادارة على أساس الخطأ.

*الفصل الثالث -مسؤولية ألادارة على أساس الضرر.

****

****

****

(٩١) د. طلال عامر المهتار ،المصدر السابق ،ص٢٤٧.

(٩٢)Rene Chapus, Responsabilite Publique et Responsabilite Privee,Les influences reciproques desJurisprudences Administrative et Judiciaire, Paris, R. Pichonet et R.Durrand auzias,(these) 1957,P.342.No.338.

-الفصل الاول-

الطبيعة القانونية لمسؤولية الادارة

تمهيد و تقسيم:-

لعل من المفيد ان نبدأ في دراستنا لأساس مسؤولية الادارة بتحديد طبيعة هذه المسؤولية، فالنظرة الى الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية الادارية قد تغيرت مع بداية تغير النظرة الى طبيعة هذه المسؤولية في كونها مسؤولية ذاتية ام انها مسؤولية عن فعل الغير،فيمكن القول بانها مسؤولية ذاتية اذا امكن اثبات ان الشخص المسؤول هو نفسه الذي ارتكب الفعل الضار،اما اذا اثبتنا ان الشخص المسؤول هو متميز عن الشخص مرتكب الفعل الضار و منفصل عنه ماديا ،فنكون امام مسؤولية عن فعل الغير اذا ما توافرت فيها شروط هذه المسؤولية .

ولكن لما كانت ألادارة كشخص معنوي عام لا تستطيع القيام بممارسة اعمالها الا عن طريق اشخاص طبيعين يعملون لديها، ومن هؤلاء من يتصرف بأسم الشخص المعنوي و لمصلحته ويمثله قانونا،فهم بالتالي يعتبرون اعضاء في الشخص المعنوي(ويشمل ذلك فئة الاداريين و المدراء ومجالس الادارات)ومنهم من يأتمرون بأوامر هؤلاء الاعضاء و يخضعون لتعليماتهم وتوجيهاتهم في نطاق الوظيفة فيعتبرون تابعين للشخص المعنوي.

والشخص المعنوي العام او الخاص يتميز عن الشخص الطبيعي بان ليس له جسد و لا إرادة حقيقية خاصة به ،لذا فالاشخاص الطبيعيون هم الذين يباشرون نشاطه ويضعون في خدمته جهودهم و ارادتهم و وعيهم[٩٣].

ولما كان الخطأ الموجب للمسؤولية هو" الاخلال بواجب قانوني مقترن بادراك المخل اياه "فانه يصبح من غير الممكن صدوره عن الشخص المعنوي لانعدام الادراك فيه،فيستتبعه أنعدام مسؤوليته الذاتية.

ولكن اذا صح هذا بالنسبة للمسؤولية الجنائية التي تستوجب ان تكون شخصية وان العقوبات المترتبة عليها يجب توقيعها على الشخص الجاني بذاته و عدم تجاوزها الى

(٩٣) د. رمضان ابو سعود ،الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني ،الدار الجامعية بيروت ،١٩٨٥،ص٣٧٠-د.احمد سلامة، المدخل لدراسة القانون ،الكتاب الثاني ،دار النهضة العربية ،القاهرة،١٩٧٤،ص١٩٤.

غيره[٩٤]. الا ان الحالة مختلفة فيما يتعلق بالمسؤولية المدنيـــة و التـــي هـــي محـــور دراستنا، اذ لا تتطلب هذه المسؤولية سوى التعويض المالي للضرر ،وهو التزام يمكـــن ن تتحمله ذمة الشخص المعنوي مثلما تتحمله ذمة الشخص الطبيعي[٩٥].

و بناء على ذلك فان الأخطاء الادارية الواقعة ستكون صادرة فعلا و في كل الاحـوال عن الشخص الطبيعي الا ان القانون ينسبها للشخص المعنوي في بعض الاحيان وفـــق ضوابط و شروط معينة .

فأن جاز و قررنا ان مسؤولية الادارة هي ذات طبيعة ذاتية و مباشرة فتصبح نظرية لخطأ المرفقي أساسا لتلك المسؤولية وفقا للقواعـــد الاداريـــة .امـــا اذا مـــا قلنـــا ان مسؤوليتها هي تبعية و غير مباشرة فان أساسها سيكون مبنيـــا علـــى قرينـــة الخطـــأ لبسيطة(القابلة لاثبات العكس)او القطعية (غير القابلة لأثبات العكس)حسب القواعـــد لمدنية التي تحدد هذا النوع من المسؤولية[٩٦].

و سنتناول في هذا الفصل طبيعة مسؤولية ألادارة في مبحثيـــن اثنيـــن ،نخصـــص لمبحث الاول لبيان طبيعة هذه المسؤولية في فرنسا فيما نخصـــص المبحـــث الثـــاني لدراسة طبيعة المسؤولية في القانون المصري و العراقي .

****

---

(٩٤) و يرد على ذلك استثناء فيما يتعلق بالعقوبات التي يصلح تطبيقها على الاشخاص المعنوية كحالة حل الشخص المعنـوي او مصادرة امواله او غلق مركز ادارته ،هذا وان مبدا عدم مسؤولية الشخص المعنوي جزائيا يرجع في أساسه الى اسباب تقنية و سياسية ،فيكون الخطأ المرتكب بأسم الشخص المعنوي يجب ان يلزم جزائيا الشخص الطبيعي الذي اقترفه و ان هناك تطـورا يفرض نفسه ويسعى الى الاعتراف ببعض المسؤولية الجنائية على عاتق الشخص المعنوي الى جـــانب المســـؤولية الشـــخصية للاعضاء و العاملين فيه ،ولكن هذا الاتجاه لم يترجم حتى الان الى نصوص قانونية و تطبيقات عملية –انظر بهذا الشان .
H.L.Mazeaud et Jean Mazeaud, Traite, theorque et pratique de la respon sabilite civile, tomeII, Sixime edition, editions montchrestien paris, 1970, p.1120 No.1981.

(٩٥) انظر د. سليمان مرقس ،المصدر السابق ،ص٣٩٣.

(٩٦) د.زهدي يكن ،المسؤولية المدنية ،الطبعة الاولى ،منشورات المكتبة العصرية ،صيدا–بيروت،بدون سنة طبـع، ص١١٣– وانظر ايضا د.احمد سلامة،المصدر السابق،ص١٩٦.

-المبحث الاول -

طبيعة مسؤولية ألادارة في فرنسا

بعد ان استقر مبدأ مسؤولية الاشخاص المعنوية العامة في فرنسا،ثار خلاف فقهي شديد حول طبيعة هذه المسؤولية، وامكانية اعتبارها مسؤولية ذاتية على أساس ان القانون قد اعترف للشخص المعنوي بشخصية قانونية مستقلة كتلك المقررة للشخص الطبيعي(الحقيقي)فيمكنه ارتكاب الخطأ ومسائلته مسؤولية مباشرة عنه، ام ان مسؤولية هذه الاشخاص تكون مسؤلية غير مباشرة وعن فعل الغير.

فيمكن تصنيف الاراء التي قيلت في تحديد طبيعة مسؤولية ألادارة في اتجاهين رئيسين و هذا ما سندرسه تباعا في مطلبين متتاليين .

-المطلب الاول-

الاتجاه القائل بالمسؤولية الذاتية المباشرة للادارة:-

يرى اصحاب هذا المذهب ان مسؤولية الاشخاص المعنوية هي مسؤولية ذاتية ومباشرة كما هو الحال بالنسبة لمسؤولية الاشخاص الطبيعية ،ويعللون رايهم بانه لايستلزم من اعتراف القانون للانسان بالشخصية القانونية عدم اعترافه لغير الانسان بنفس الشخصية فقد تتطلب الضرورة الاعتراف لبعض الكائنات المعنوية (كألادارة وما تتضمنها من مرافق عامة ومؤسسات)بالشخصية القانونية،وهذه الكائنات تختلف عن الانسان في انها لا يمكن ادراكها بالحس وانما هي تدرك بالفكر[٩٧].

ومع ان انصار هذا الاتجاه متفقون على الطبيعة الذاتية لمسؤولية ألادارة، الا انهم يختلفون في طريقة التعبير عنها .فذهب البعض[٩٨]منهم الى ان للشخص المعنوي جميع المقومات التي تجعله قادرا على مباشرة اعماله وبالتالي ارتكابه للاخطاء.حيث افترض

(٩٧) د. رمضان ابو سعود ،المصدر السابق ،ص٣١٨-وانظر ايضا د.ابراهيم عبدالعزيز شيحا ، مبادىء و احكام القانون الاداري اللبناني ،الدار الجامعية ،بيروت،١٩٨٣،ص١١١،عادل احمد الطائي ،مسؤولية الدولة عن اخطاء موظفيها ،دار الحرية للطباعة ،بغداد،١٩٧٨،ص١٠٩.

(٩٨) Guyenot,La responsabilite de personnes morales publiques privees, paris ,1959,No. 90.

نقلا عن د.سليمان مرقس ،المصدر السابق ،ص٣٩٤ – وانظر ايضا د.محمود سلام زناتي ،مباديء القانون او المدخل الى دراسة القانون ،مطبعة الطليعة،اسيوط،١٩٧٨،ص٣٧٢.

القانون للشخص المعنوي وجودا قانونيا يتمثل في منحه اياه الشخصية القانونية، الا ان تلك الشخصية لا تتعدى كونها افتراضا قانونيا محضا او حيلة مصطنعة تلازم وجوده.كما وافترض له ايضا ارادة متميزة خاصة به وهي ارادة الشخص المعنوي. والواضح ان هذا الرأي نابع من الافكار القائلة بنظرية الشخصية الافتراضية للشخص المعنوي[٩٩] (Theorie de la Personnalite Fictive) .

وألادارة كشخص معنوي ليس بامكانها القيام بمهامها و اعمالها الا عن طريق موظفيها او العاملين لديها وهم اشخاص ادميون ،اذ يتصرفون باسمها و لمصلحتها،فمن الواجب مساءلة ألادارة عن ألأخطاء الصادرة عن هؤلاء الاشخاص مسؤولية شخصية و مباشرة و خصوصا عندما تكون تلك الأخطاء مرتكبة عند ممارسة الوظيفة من قبل هؤلاء الموظفين و بغض النظر عن اختلاف فئاتهم و درجاتهم وذلك لاسباب متعلقة بالسياسة الادارية [١٠٠].

كما يذهب البعض الاخر[١٠١]من انصار هذا الاتجاه الى ان للشخص المعنوي و جودا واقعيا و حقيقيا وليس مجرد افتراض قانوني،وانه لا يستمد وجوده هذا من اعتراف

---

(٩٩) تعد هذه النظرية من اقدم النظريات التي قيلت في هذا الصدد اذ يعود اصلها الى المحشين اللاحقين و الى كنسيين وتسمى بالنظريات الرومانية لذيوعها بين شراح القانون الروماني والكنسيين .ومن الفقهاء المناصرين لهذه النظرية في العصر الحديث، سافيني **Savigny** الذي حبك صياغتها و عرضها و قصر تطبيقها في نطاق القانون العام و الخاص. وكذلك كابيتان **Capitant** واسمان **Esmein** وجيز . **Jeze** . وتنكر هذه النظرية الشخصية القانونية الواقعية للاشخاص المعنوية ،فهي ترى ان الشخص المعنوي هو افتراض محض ،وبيان ذلك ان الانسان وحده محل للحقوق لان الحق عنده هو سلطة ارادية،و الانسان وحده يمتلك الارادة والادراك اما الشخص المعنوي فلا يملك ارادة حقيقية خاصة به وان ارادته مستعارة من مجموع ارادات الاشخاص الطبيعية الذي يمثلونه .

ووفقا لهذه النظرية فان تقرير الشخصية القانونية لغير الانسان ليس الافرضا او مجازا جاء لضرورات عملية ذات منفعة عامة.

وفي وقت لاحق ونتيجة الانتقادات التي وجهت اليها،حاول بعض انصار هذه النظرية التخفيف من حدتها بالقول ان الفرض فى الشخصية لا فى وجود الشئ ذاته . فالشخص موجود حقيقةً وما الفرض الا فى شخصيته . هذا و بسبب عدم جدوى نتائج هذه النظرية فان محكمة النقض الفرنسية قد نبذت هذه الفكرة بصورة نهائية منذ حكمها الصادر في ٢٨ شباط ١٩٥٤–راجع بهذا الصدد د. ابراهيم عبدالعزيز شيحا، المصدر السابق ،ص١١١–د.رمضان ابو سعود، المصدر السابق،ص٢٣٠–وايضا غازي فيصل مهدي ،الشخصية المعنوية و تطبيقاتها في التشريع العراقي ،رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون و السياسة لجامعة بغداد ،١٩٨٥،ص٢٦–و د.بكر القباني ،القانون الاداري الكويتي، مطبعة العصرية، الكويت،١٩٧٥،ص٩٣ص٩٤–و د.محمود حلمي ،موجز المبادئ القانون الاداري،ط١،دار الفكر العربي، ١٩٧٨،ص٢١.

(١٠٠) **Jese ,les principes generaux du droit administratif L G DJ, 3cd, Paris,1935,P.395**

نقلا عن ريني شابي ،المصدر السابق ،ص٢٢٢،فقرة ٢٠٥ .

(١٠١) وهؤلاء هم انصار النظرية الحقيقية في الشخص المعنوي ،(**theorie de la realite**) –و يعد العلامة بسلر **Besler** اول من نادى بهذه النظرية ثم اتبعه جيرك **Girke**و زيتلمان**Zitelmen**.وفي فرنسا هوريو و ميشو و سالي– انظر غازي فيصل،مهدي ،المصدر السابق.ص٣٤–و ايضا د.احمد حافظ نجم ،القانون الاداري ،الطبعة الاولى ،دار الفكر العربي،١٩٨١،ص٩٩–د.احمد سلامة،المصدر السابق،ص٢١٣–ود.عبدالمنعم البدراوي،اصول القانون المدني المقارن،ط٢،مكتبة

القانون له بالشخصية القانونية فحسب ، وانما من الناحية الواقعية ايضا، اذ ان الارادة المشتركة او الجماعية للشخص المعنوي تستقل عن ارادة الاشخاص الطبيعين المؤلفين له بما يكفي لاسباغ الشخصية عليه كما تكفي الارادة عند الانسان لهذا الغرض و طالما ثبتت له هذه الارادة اصبح اهلا لأكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات.

و على هذا فأن الشخص المعنوي وفقا لهذا التصوير هو شخص حقيقي ولكنه غير مجسم، فهو يعتبر من الحقائق المعنوية المحضة وليس ماديا مجسما [١٠٢].

فالشخصية المعنوية وفقا لمنظور هذا الجانب من الفقه حقيقة قائمة تراها العين و يلمسها الحس شأنها شأن شخصية الانسان مع وجود فارق في مظهر تلك الشخصية ولكن اختلف المنادون بهذا التفسير فيما بينهم حول كيفية الوصول الى تلك الحقيقة الواقعية للشخص المعنوي أي الية وجود تلك الارادة الخاصة فيه[١٠٣].فانصار نظرية العضو[١٠٤](Theorie organiciste) ينظرون الى الاشخاص المعنوية بما في ذلك الدولة والاشخاص العامة الاخرى على ان لها وجودا حقيقيا و كيانا ذاتيا مستقلا شانها شان كيان الشخص الطبيعي .وانهم توصلوا الى ذلك عن طريق تشبيه الشخص المعنوي بالانسان من ناحية التكوين الجسماني.اذ لا ترى هذه النظرية فارقا في التكوين بين الشخص المعنوي و الشخص الطبيعي فكل منهما يتكون من تجمع خلايا متعددة تكون كلا واحدا،فاذا كان جسم الانسان مؤلفا من خلايا تحيا كل منها حياتها الخاصة و تتفاعل فيما بينها لتوليد ارادة الشخص الطبيعي،كذلك فان للشخص المعنوي ايضا مكوناته أي خلاياه المتمثلة بموظفيه والعاملين لديه الذين يتضامنون فيما بينهم لاحداث الارادة الجماعية. وللشخص المعنوي مخ كالشخص الطبيعي،فكما ان القرار الصادر عن الشخص الطبيعي يأتي نتيجة لتفاعل خلايا مخه،كذلك يكون القرار الصادر عن الشخص المعنوي نتاج تفاعل و تعاون مجموع خلاياه أي اعضائه [١٠٥].

السيد عبدالله وهبة ،القاهرة، ١٩٧٠،-د.منصور مصطفى منصور،المدخل للعلوم القانونية ،نظرية الحق،مكتبة السيد عبدالله وهبة ، ١٩٦٢،ص٢٠٨.

[١٠٢] H.L. Mazeaud et Jean Mazeaud, op. cit .P.1122 No. 1985.

وانظر ايضا د. حسن كيرة ، المدخل الى القانون ، الطبعة الخامسة،منشاة معارف اسكندرية، ١٩٧٤،ص٦٢٤-و د. محمود سلام زناتي،المصدر السابق،ص٣٧٣-ود. منصور مصطفى منصور ،المصدر السابق،ص٢٠٩.

[١٠٣] د. رمضان ابو سعود ،المصدر السابق ،ص٣٣٣-وايضا غازي فيصل مهدي ،المرجع السابق ،ص٣٤.

[١٠٤] راجت هذه النظرية في الفقه الالماني ،و مؤداها ان الشخص المعنوي لا يتصور وجوده دون اجهزة او اعضاء معينة تحقق نشاطه في الحياة القانونية.وقد قيلت بها لتحديد المركز القانوني لممثلي الشخص المعنوي الى جانب نظريتي الوكالة**mondat** والنيابة القانونية **repesentation Legal** .انظر د.رمضان ابو سعود،المصدر السابق ، ص٣٦٦-د.احمد حافظ النجم،المصدر السابق،ص١٠٠.

[١٠٥] انظر د.حسن كيرة،المصدر السابق ،ص٦٢٤-د.احمد سلامة،المصدر السابق،ص٢١٤-ود.مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون ،ط١،مطبعة الجامعة،بغداد، ١٩٧٢،ص١٥١-و د. بكر القباني ،المصدر السابق،ص٩٦-و د.منير محمود الوتري،في القانون الاداري،ط١،مطبعة المعارف،بغداد، ١٩٧٦،ص٩٣.

لذا فان العاملين في الشخص المعنوي يعتبرون الاعضاء فيه،يذوبون في كيانه كما تذوب اعضاء الجسم في كيان الشخص الادمي دون ان تتميز عنه قانونا .كما انه ليس هناك تمييز بين هؤلاء العاملين (الاعضاء)من حيث الدرجة الوظيفية التي يشغلونها (اي بين الموظف صاحب القرار و السلطة لدى ألادارة وبين مجرد عامل التنفيذ فيها،لان هؤلاء لا تنفصل شخصيتهم وكيانهم عن شخصية و كيان الشخص المعنوي (ألادارة)، فتنسب تصرفات هؤلاء العاملين الى الشخص المعنوى مباشرة ،مثلما تنسب حركات اليد و الفم في الانسان لشخصه مباشرة،فعندما يتضمن سلوك العاملين لدى الشخص المعنوى اخطاء فانها تنسب لذاته باعتبار انه قد ارتكبها ولو من الوجهة القانونية فتكون مسؤوليته طبقا لذلك مسؤولية ذاتية كمسؤولية المرء عن فعله الشخصي وتخضع بالتالي لاحكام المادة ١٣٨٢ من القانون المدني الفرنسي [١٠٦].

ويؤيد الاستاذان هنري وليون مازو نظرية العضو ولكن مع بعض التحفظ .اذ انهما يذهبان الى ان للشخص المعنوي حياة قانونية كالشخص الطبيعي، لأن الاخير لم يمنح الشخصية القانونية بسبب كونه كائنا طبيعيا-فالحيوانات والنباتات لايعترف لها بالشخصية القانونية -بل باعتباره كائنا ممنوحا او حائزا على ارادة.و يلاحظ الفقيهان ان الاشخاص المعنوية يمتلكون الارادة ايضا وهي الارادة الجماعية لاعضائه فيستطيع المشرع منطقيا اقرار الشخصية القانونية لهم كما اقره للاشخاص الطبيعية، وان غياب الهيكل لايشكل عقبة في طريق ذلك،بالاضافة الى مسؤولية الشخص المعنوي عن اعمال تابعيه وفق المادة ١٣٨٤/٥ من القانون المدني الفرنسي، فانه يمكن لهذه الاشخاص ان ترتكب اخطاء عمدية لانها وان لم تكن لها وجود مادي الا ان القانون اقر لها الوجود الواقعي والذي يشبه واقعية وجود الشخص الطبيعي .فالاعضاء في الشخص المعنوي هم الذين يمثلون ارادة هذا الشخص ،فاذا اتخذ هؤلاء الاعضاء قرارا باسم و لحساب الشخص المعنوي فان القرار سوف يلزم الاخير باعتبار ان هذا القرار قد صدر عن الشخص المعنوي ذاته،و يترتب على ذلك ان الاعضاء اذا ما ارتكبوا خطا باسم و حساب الشخص المعنوي فيعتبر هو مرتكبه من الناحية الواقعية و يسال عن التعويض طبقا للمادة ١٣٨٢ من القانون المدني الفرنسي .

كما و يمكن مساءلة الاشخاص الطبيعية العاملين لدى الشخص المعنوي عن الأخطاء الشخصية التي يرتكبونها بموجب المادة ١٣٨٢ او مطالبة الشخص المعنوي بتعويض الضررعلى أساس المسؤولية التضامنية .لا لأن العاملين يذوبون في كيان الشخص المعنوي بحيث ينعدم كل وجود لشخصيتهم فيه كما صوره انصار نظرية العضو.

ويستدل الفقيهان رأيهما بما اقامتها المحاكم الفرنسية في احكام عديدة لها مسؤولية الاشخاص المعنوية العامة و الخاصة على أساس المادة ١٣٨٢ الخاصة بالمسؤولية

---

[١٠٦] انظر د.سليمان مرقس ،المصدر السابق،ص٣٩٨-د.ابراهيم شيحا،المصدر السابق،ص١١٢-د.عدنان العجلاني ، المصدر السابق، ص٢٧ ص٢٨-د.عبدالمنعم البدراوي،المصدر السابق،ص١٨١-ود. انور احمد رسلان،القانون الاداري السعودي، ألادارة العامة للبحوث ،المملكة العربية السعودية ،١٤١٠هـ ،ص١٥٩ -د.منير الوتري ،المصدر السابق ، ص٩٧ .

الذاتية والمباشرة عن الخطأ المنسوب الى ذات الشخص المعنوي، اذ يقولون بهذا الصدد "ان ذلك لايهم حيث ان الخطأ المدني لا يستوجب وجود الادراك"[١٠٧].

و يذهب الاستاذ تونك Tunc الى ان مسؤولية ألادارة بأعتبارها متبوعا هي ذات طبيعة ذاتية و مباشرة،ويستخلص ذلك من تصوره الخاص لأساس المسؤولية اذ يقول "ان ذلك الشخص الذي يلجا الى تابع لاداء بعض الاعمال بمد نشاطه اليه لايعد التابع الا ان يكون اداة بين يديه،فعندما يتصرف التابع، فان الامر يكون كما لو كان المتبوع هو الذي تصرف في مواجهة الغير .بحيث يكون هناك خلط بين المتبوع والتابع حتى ان الغير يعتبر عمل التابع هو عمل المتبوع .فالتابع لا يتعدى كونه ذراع المتبوع، فيصبح ضربا من العبث ان يرفض المتبوع دفع التعويض عن الاعمال غير المشروعة لتابعه بحجة ان هذه الاعمال من صنع يده وليس من صنع نفسه"[١٠٨].

اما استناد القضاء الفرنسي في العديد من الأحكام بشأن مسؤولية ألادارة على نص المادة ١٣٨٤/٥ من القانون المدني والمتعلق بمسؤولية المتبوع عن اعمال التابع فلايدل على الصفة التبعية لهذه المسؤولية او ان تلك المادة هي واجبة التطبيق، بل لان احكامها تعتبر متوافقة اكثر من اية مادة اخرى مع نظام مسؤولية ألادارة [١٠٩].

ويؤكد الاستاذ ميشو[١١٠] Michoud ان مسؤولية الشخص المعنوي عن اخطاء اعضائه (الموظفين ذوي الدرجات الوظيفة العالية)هي مسؤولية ذاتية ومباشرة،ولكنه اتخذ مسلكا مغايرا لما سلكه اصحاب نظرية العضو.فهو ينكر التلاحم الطبيعي بين ارادة العضو وارادة الشخص المعنوي الذي يؤدي الى اعتبار ارادة العضو هي ارادة الشخص المعنوي من الوجهة الطبيعية.فهو يوضح ان علاقة العضو بالشخص المعنوي هي علاقة قانونية وليس تفاعلا طبيعيا. فتنسب ارادة العضو للشخص المعنوي من الوجهة القانونية فقط ولا تتعدى الى الناحية الطبيعية. فهو يقول "ان المشرع عندما ينسب ارادة العضو الى الشخص المعنوي فهو يترجم الحقيقة في صياغة قانونية و يضعها في اطارها القانوني لأن الفعل الذي يأتيه العضو هو من وحي الشخص المعنوي مباشرة حيث يعمل هذا العضو باسم ذلك الشخص وبالروح التي تسود جميع اعضاء هذا الشخص ومن اجل مصلحته ،فاذا كان ذلك الفعل ينسب الى الشخص الطبيعي من

---

[١٠٧] H.L.Mazeaud et Jean Mazeaud,op.cit No.1985.P.1122-1123.

و يذهب الاستاذان الى ابعد من ذلك بالقول ان الاشخاص الذين نسميهم معنويين انهم في الحقيقة اشخاص معنوية بحتة ،اما الكائن البشري فانه ايضا شخص معنوي و على هذا الأساس منح الشخصية القانونية .وان الاختلاف الوحيد بينهما يكمن في ان العضو في الشخص المعنوي هو عنصر في الهيكل الاجتماعي بدلا من ان يكون عنصرا في الهيكل الطبيعي .انظر المصدر نفسه،ص١١٢٣.

[١٠٨] H.L.Mazeaud et tunc,Traitc Theorique et pratique de la responsability civil,tome premier-sixieme editions motchrestien,Paris,1965,No.1986.P. 1124.

[١٠٩] يوسف نجم جبران ،النظرية العامة للموجبات –القانون والجرم وشبه الجرم ،ط١،منشورات عويدات ،بيروت ، باريس،١٩٧٨،ص٥١.

[١١٠] Michoud,Traite de la Personnalite morale.T.2.2ed-Paris,1924, No.266-278.

نقلاً عن د.ابراهيم طه الفياض، مسؤولية الادارة عن اعمال موظفيها في العراق، دار النهضة العربية ١٩٧٣،ص٤٥-٤٦وأنظر ايضاً د.رمضان أبو سعود، المصدر السابق، ص٣٧٠-٣٧١ وأيضاً عادل الطائي. المصدر السابق، ص١١١.

الوجهة المادية و الطبيعية فان من العدل ان ينسب ذات الفعل الى الشخص المعنوي من الوجهة القانونية، وعندما ينسب المشرع هذا الفعل الى الشخص المعنوي، ويعتبر ارادة العضو ارادة الشخص المعنوي ،فهو لايجعل من المجاز وسيلة لذلك، وانما تلك حقيقة قانونية ". اما مسؤولية الادارة عن اخطاء تابعيها (وهم الذين يأتمرون بأوامر الاعضاء فيه وينفذون تعليماتهم و توجيهاتهم)فهي مسؤولية تبعية وعن فعل الغير وتخضع لأحكام المادة ١٣٨٤/٥ من القانون المدني[١١١].

فقد ميز هذا الفقيه هنا في مجال المسؤولية بين العضو والتابع في الشخص المعنوي حيث ان مسؤولية احدهما مختلفة عن مسؤولية الاخر من حيث الطبيعة القانونية.

ويدعم هذا الاتجاه ما استقر عليه القضاء الفرنسي في بعض احكامه ،ففي حكم لمحكمة النقض الفرنسية قضت فيه بان الخطأ الذي يصدر عن العضو ممثل الشخص المعنوي ينسب الى الشخص المعنوي ذاته و يستتبع مساءلته مسؤولية ذاتية و مباشرة[١١٢]. كما وقضت بمسؤولية الجمعية التي تنظم مباراة كرة القدم مسؤولية مباشرة عن خطئها الشخصي بعدم اتخاذها التدابير اللازمة لتفادي وقوع حوادث للاعبين او لجمهور المتفرجين[١١٣].وقضت ايضا بأن الشخص المعنوي مسؤول عن اعضائه او ممثليه كما هو مسؤول عن فعل مستخدميه[١١٤].كما قررت بان الشخص المعنوي غير مسؤول عن الاعمال غير المشروعة الواقعة من الاشخاص الطبيعيين الذين يتالف منهم الا اذا وقعت تلك الاعمال من الاشخاص ذوي الصفة في مباشرة تلك الاعمال و المخولين للقيام بها،فلا يكون مسؤولا عن اعمال اعضائه العاديين(التابعين)الذين ليس لهم صفة في مباشرتها-وبصرف النظر عن كونهم الاغلبية-مادام الشخص المعنوي او أعضاؤه ذووا الصفة (كالمديرين و رؤساء الفروع والادارات)لم يقر تلك الاعمال او يشجع على القيام بها[١١٥]، ويعتبر ممثل الشخص المعنوي مسؤولا بالذات اذا كان عدم مشروعية العمل الذي اجراه ظاهرا للعيان ،ولأن الخطأ الذي يرتكبه الاعضاء او بعضهم

---

(١١١) يترتب على القول بان مسؤولية الاشخاص المعنوية (الادارة)هي ذاتية و مباشرة ان تتحمل المسؤولية هي بنفسها و تلتزم وحدها بالتعويض على أساس ان الخطأ قد صدر عنها لا عن الموظف(مرتكبه الفعلي) ولا يكون لها حق الرجوع على الموظف، اما اذا وصفنا المسؤولية بانها تبعية فان المضرور يكون له الخيار في مقاضاة الشخص المعنوي او الموظف والمطالبة بالتعويض او مقاضاتهما معا،ويكون للشخص المعنوي حق الرجوع على الموظف مرتكب الخطأ بعد دفعه التعويض للمضرور. نظر د.محمد الشيخ عمر ،المصدر السابق نص٢٣٦-و د. احمد حافظ نجم ،المصدر السابق ص٩٦.

(١١٢) نقض مدني فرنسي ٩ نيسان ١٩٢١ سيري ١٩٢٢-١٦١/١ دالوز الاسبوعية ١٩٢٩-٥٣٨-مشار اليه في مؤلف د. سليمان مرقس ،المصدر السابق ص٤٠٢.

(١١٣) محكمة استئناف ريوم ٢٠ نوفمبر ١٩٣٠ دالوز ١٩٣٢ -٢-٨١ نقلا عن د.سليمان مرقس ،ص٤٠٢ .

(١١٤) محكمة السين الفرنسية ،٥كانون الاول ١٩٠٧،دالوز ١٩٠٧،٢-٧٢ -مشار اليه في مؤلف د.زهدي يكن، المصدرالسابق ،ص١١٣.

(١١٥) محكمة استئناف ١٤حزيران ١٨٩٢سيري ١٨٩٢-٢-٢٠.نقلا عن د.سليمان مرقس ،ص٤٠٢.

بصفتهم الفردية لا بوصفهم ممثلين للشخص المعنوي لا يمكن باي وجه من الوجـوه ان يسأل عنه الشخص المعنوي[116].

على ان التفرقة بين عضو الشخص المعنوي الذي يمثله قانونا و التابع فيه، تـترتب عليها نتيجة هامة تتلخص في ان العضو في الشخص المعنوي كما يمثلـه فـي القيـام بالاعمال القانونية يمثله كذلك في تحمل المسؤولية أي ان ممثل الشـخص المعنـوي لا يكون مسؤولا شخصيا عن الأخطاء التي يرتكبها وهو يؤدي اعماله بصفته الوظيفيـة، وانما يتحمل الشخص المعنوي المسؤولية عنها كاملة [117].

و في هذا ذهب البعض [118]الى اعتبار العضو ممثـل الشـخص المعنـوي بمثابـة الشخص المعنوي نفسه ،بحيث يندمجان في شخص واحد ممثل بالشـخصية القانونيـة المعترفة للشخص المعنوي ،غير ان الفقه الحديث يرفض اندماجـا مـن هـذا النـوع للشخص الطبيعي في الشخص المعنوي،كما ويرى سافاتيه ان الشخص المعنوي مسؤول عن افعال العاملين فيه من الاعضاء مسؤولية مباشرة على أساس ان تلك الافعـال وان صدرت منهم الا ان القانون ينسبها الى الشخص المعنوي باعتبار انها صـدرت عنـه، فتكون مسؤوليته في هذه الحالة ذاتية و مباشرة .اما مسؤوليته عن افعال العاملين فيـه من المستخدمين فيحكمها المادة ١٣٨٤مدني فرنسي باعتبارهـا مسـؤولية عـن فعـل الغير[119]، ولكن يلزمنا تحديد معنى العضو في الشخص المعنوي بالنظر لتنوعه،فالعضو الاول (الاصلي)في الشخص المعنوي هو مجموع المساهمين فـي تكوينـه كالجمعيـة العمومية في اشخاص القانون الخاص،وهيئة الناخبين في اشـخاص القـانون العـام. فالعضو الاول هو الأساس في تكوين الاشخاص المعنوية والـذي بدونـه لايمكـن ان تتأسس، فاذا كانت المسؤولية المباشرة للشخص المعنوي الخاص عن اخطاء اعضائـه ممكنة، فمن غير الممكن تحققها بالنسبة للاشخاص المعنوية العامة لان العضو الاصلـي (هيئة الناخبين)في الاشخاص العامة لا يتولـي بنفسـه اتخـاذ القـرارات او اجـراء التصرفات القانونية على غرار ما هو عليه بالنسبة للاشخاص المعنوية الخاصة،وانمـا يقوم بذلك الاعضاء الثانويون (الموظفون)الذين يتم انتخابهم عن طريق هيئة النـاخبين، لذا فان المسؤولية المباشرة للادارة تقوم في الحقيقة عن اخطاء هؤلاء الاعضاء[120].

---

[116] د. زهدي يكن ،المصدر السابق ،ص١١٤.

[117] د.محمد فؤاد مهنا ،المسؤولية الادارية في تشريعات البلاد العربية ،المصدر السابق ،ص١٣٧.

[118] Aubry et Rau,cours de droit civil francais, Tome 6.5ed,1922,Pare Bertin .P.477.

نقلا عن chapus، المصدر السابق ،ص٢٠٧-٢٠٨

[119] Savatier:Traite de la respon sabilite civil,tome preimer,deuxiem edition, Paris, 1951, P.259-No.208.

[120] Gabriel Marty et Pierre Raynaud,Droit civil-les obligations,Tome 11.volume 1,sirey, 22 rue soufflot, Paris,1962,P.439,No. 427 .

ويرى البعض الاخر[١٢١]ان مسؤولية الشخص المعنوي العام عن خطئــه المسـمى بخطا المرفق العام هي مسؤولية ذاتية بالرغم من صدوره عن الموظف على أساس انــه جزء من المرفق العام ولايمكن الفصل بينهما لان شخصية المرفق العام تمتص شخصية الموظف الى حد ينعدم فيها أي وجود لشخصيته و يصبح الموظف مجرد عنصـــر فـــي المشروع الاداري(Entreprise Administratif) فيتولد عن هذا ان المضـــرور يســتطيع مقاضاة ألادارة مباشرة من دون الموظف بحيث تثبت مسؤوليتها على أساس ان المرفق في مجمله لم يؤد واجبه المكلف به بصورة جيدة .

فالشخص المعنوي يسأل عن جميع اخطائه التقصيرية منها والتعاقدية،سواء كـــانت ايجابية او عن طريق الامتناع بغض النظر عن الموظف مرتكب الخطـــأ وصفتـــه فـــي الشخص المعنوي مادام الخطأ متصلا باعمال الشخص المعنوي.لكنه لايكون مسؤولا عن الاعمال غير المشروعة لموظفيه عندما تكون تلك الاعمال غير مرغوب فيها او لم تكـن مقررة لا من قبل الشخص المعنوي ولا من اعضائه المكلفين باتخاذ القرارات فيه[١٢٢].

وفيما يتصل بمدى مسؤولية الدولة كشخص معنوي عام عن الاضرار التي يتســـبب فيها الاعضـــاء او الممثلـــون(الموظفـــون ذووا المراكـــز الوظيفيـــة العاليـــة)، يقـــول الاستاذ Hauriou[١٢٣]" ان الدولة لاتلتزم بافعال ممثليها ونتائج هذه الافعال الا اذا دخلـت هذه الافعال لا في الحدود المادية لواجبات الوظيفة كمـــا ترســـمها القوانيـــن واللوائـــح فحسب، بل دخلت ذهنيا او معنويا اطار الواجبات الوظيفية اما اهواء هـــؤلاء الممثليـــن الشخصية فهي لاتلزم الدولة في شئ لان الدولة لاتستطيع ان تحمي نفسها بنفسها مـــن ممثليها عن طريق سلطة تمتلكها في مواجهتهم،لان هذه السلطة لاوجـــود لـــها مـــادام هؤلاء يشكلون كتلة الحاكمين فيها .وكل ما تستطيع الدولة ان تحتمي به في مواجهتـــهم هو تحديد مدلول ضيق لأداء الوظائف "[١٢٤].

---

[١٢١]Andre de laubadere,Traite de droit administratif, septieme edition, Paris, 1976, P.707 –708, No. 1231.

[١٢٢]H.L.Mazdaud-Jean Mazdaud,op.cit.No.1987.P.1125.

[١٢٣]Hauriou, precis elementaire de droit administratif et de droit public, 11ed. sirey. 1927.P.312.

مشار اليه في د.ابراهيم طه الفياض، المصدر السابق ،ص٥٧ .

[١٢٤] على ان المشرع الفرنسي قد استثنى من مبدأ مسؤولية الاشخاص المعنوية جنائيا اشخاص القانون العـــام،وعلـــة هـــذا الاستثناء يرجع الى ان هذه الاشخاص تتولى قيام بخدمات عامة و يقتصر نشاطها على تحقيق المنافع التي تعهد لها اليها. ومـــن المستبعد ان تستغل نشاطها في ارتكاب الجرائم ،فيكون من واجب الدولة حمايتها حتى تتمكن من اداء مهامها وواجباتها بفاعلية و امان .

انظر د.محمود عثمان الهمشري ،المسؤولية الجنائية عن فعل الغير ،الطبعةالاولى ،دار الفكر العربي ،١٩٦٩،ص٤٢٣ .

يتضح مما تقدم ذكره من الاراء انها متفقة في مجموعها لأعتبار مسؤولية الاشخاص المعنوية العامة عن الاعمال الضارة الصادرة عن موظفيها (اعضائها)على انها ذات طبيعة مباشرة وذاتية رغم تنوع واختلاف تبريراتهم لها ،حيث ان لهذه الاشخاص شخصية قانونية مستقلة وارادة خاصة بها تمكنها من ارتكاب ألأخطاء او نسبتها اليها،على الرغم من صدور الخطأ عن الموظف كشخص الطبيعي من الناحية المادية، ويظهر ذلك جليا عندما يكون مرتكب الخطأ مجهولا فعندئذ لابد من تقرير المسؤولية المباشرة للادارة عنها.

ولكن بالرغم من ذلك فان الفارق يبقى قائما بين الشخص الطبيعي و الشخص المعنوي (ألادارة)و على الاخص في مدى الحقوق التي يعترف القانون لهما بها،حيث ان هناك بعض الحقوق تثبت بطبيعتها للشخص الطبيعي دون الشخص المعنوي كحقوق الاسرة و بعض الحقوق الاخرى المقررة في المواثيق الدولية او العالمية كحقوق الانسان التي تقتصر على الاشخاص الادمية ،هذا بالاضافة الى ان اهلية الاداء تكون تامة في الشخص الطبيعي كامل التميز بينما تكون هذه الاهلية محددة في الشخص المعنوي بالحدود المرسومة له قانونا وبقدر ما يتعلق بتحقيق الغرض التي تم انشاؤه من اجله[125].

-المطلب الثاني-

الاتجاه القائل بأن مسؤولية ألادارة هي عن فعل الغير:-

يرى هذا الجانب من الفقه ان مسؤولية الاشخاص المعنوية العامة و الخاصة لايمكن ان تكون الا مسؤولية عن فعل الغير أي عن فعل الموظفين التابعين لها .

فذهب الاستاذ Chapus الى ان المسؤولية في القانون العام هي مسؤولية عن فعل الغير و هم عمال الدولة Agents publics ، شأنها شأن مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعه، نظرا لان الاشخاص العامة هي اشخاص معنوية محضة لا تستطيع ان تتصرف بنفسها من دون التابعين الذين يقومون بأجراء تلك التصرفات باسمها ولحسابها،

(١٢٥) انظر بهذا الصدد-د.حماد محمود شطا ،النظام القانوني للاجور و المرتبات في الوظيفة العامة ،دار الفكر العربي، ١٩٧٧،ص٢٦-وايضا باسل يوسف ،المصدر السابق ،ص١٥،-د.صلاح الدين الناهي ،محاضرات في القانون المدني العراقي معهد الدراسات العربية العالية ،١٩٦٠،ص١٦٥-و د . محمود سلام زناتي ،المصدر السابق،ص٣٧٣-د.عبدالملك ياس، اصول القانون-نظريتا القانون و الحق،مطبعة سلمان الاعظمي،بغداد،١٩٦٨،ص٢٥٤،د.محمود منير الوتري،المصدر السابق ،ص١٠٣.

وبالتالي فان الأخطاء الادارية هي دائما وفي كل الاحوال تكون صادرة من هؤلاء العمال و الموظفين. فيكون المضرور مخيرا ،ان شاء توجه بدعوى التعويض ضد الموظف مرتكب الخطأ او الادارة باعتبارها متبوعا ، وان شاء فله ان يقاضيهما مجتمعا(١٢٦).

وأساس المسؤولية عن فعل الغير سواء في الفقه الاداري او الفقه المدني هي فكرة الضمان، فالمتبوع او الشخص المعنوي ملزم بتعويض ضرر لم يقع منه بالذات لانه ضامن بلا ريب، كما ويمكن القول بانه كفيل للنتائج الضارة لأعمال مستخدميه وموظفيه(١٢٧).

فالفقيه يرى ان هناك التزاما يقع على عاتق كل من المتبوع والادارة يتمثل في ضمان اعمال الموظفين والتابعين العاملين لديهم ،وهذا الالتزام(الضمان)يرجع بأساسه الى ان التابعين او الموظفين يقومون باداء خدماتهم و وظائفهم باسم ولمصلحة رب العمل او المجموعة العامة، ولا يكون هناك من سبب يبرر المسؤولية عن فعل الغير في القانون العام والخاص غير ذلك، وان من المنطقي ان يتحمل الشخص الذي يستغل او ينتفع من نشاطات غيره المسؤولية المترتبة عن القيام بهذه النشاطات والمخاطر التي تنشأ عنها(١٢٨).

ومن جهة اخرى فان chapus ينتقد ما ذهب اليه الفقيهان Michoud و Mazeaud في ان الشخص المعنوي يسأل عن خطأ العضو او الممثل مسؤولية ذاتية و مباشرة باعتبار ان شخصية العضو (الموظف)تذوب في كيان الشخص المعنوي الى حد يسأل فيه الاخير بدون وساطة العضو .ويستند في نقده لأرائهم الى ما قرره القضاء الفرنسي في هذا الصدد من احكام اجاز فيها للمضرور مقاضاة الشخص المعنوي مباشرة عن اخطاء الاعضاء الذين يمثلونه فضلا عن حقه في مقاضاة العضو او الممثل الذي كان خطؤه سببا في احداث الضرر ومن ثم عدم السماح له بدفع مسؤوليته على أساس انه يعمل لحساب الشخص المعنوي باعتباره عضوا او ممثلا فيه .وما اقره القضاء ايضا بهذا الشأن من امكان رجوع الشخص المعنوي على محدث الضرر بما دفعه للمضرور من تعويض، فهذه الاحكام تثبت بلا شك الصفة التبعية لهذه المسؤولية (١٢٩).

وفيما يتعلق بالتميز بين الاعضاء والتابعين في الشخص المعنوي ،يرى Chapus ان القانون العام لا يعرف مثل هذا التميز في مجال مسؤولية ألادارة عن اعمال موظفيها و اذا حدث وجرى تمييز بين فئات الموظفين بحسب درجاتهم الوظيفية ،فان ذلك لا اهمية له في مجال المسؤولية لان الجهات القضائية صاحبة الاختصاص لم تقم أي اعتبار لهذا التدرج الوظيفي عند الفصل في دعاوي المسؤولية الموجه ضدهم ،فضلا عن ان الموظفين كافة يشكلون كتلة متجانسة من الافراد العاملين لدى الدولة و الاشخاص

---

(١٢٦)Rene chapus, op. cit. No. 205. P. 222
(١٢٧)Ibidem, No. 242,P.258.
(١٢٨)Ibidem ,No. 245, P.261.
(١٢٩)Rene chapus ,op.cit.No. 195,P.215

المعنوية العامة الاخرى[130].وفي معرض انتقاد نظرية العضو التي فسرت المسؤولية الذاتية للادارة ،فان الاستاذين مازو[131] - رغم كونهما من مؤيدي المسؤولية الذاتية للادارة -يلاحظان قصور نظرية العضو في تبرير الحالة التي تتعلق بارتكاب العضو(الموظف)وهو يقوم باداء وظيفته لدى الشخص المعنوي لجريمة جنائية، ومن ثم نسبتها مباشرة للشخص المعنوي ، والاعتراض ينصب على عدم امكان الشخص المعنوي لأرتكاب افعال اجرامية لان المساءلة الجنائية تشترط توافر إرادة عند المسؤول ولايمتلك الشخص المعنوي ارادة حقيقية، كما وان تقرير مسؤولية الشخص المعنوي يتناقض مع مبدأ شخصية العقوبة،وبالتالي فان العقوبة لا تصيب الا الاشخاص الطبيعين العاملين لدى الشخص المعنوي الذين ثبت ارتكابهم للخطا المسبب لقيام المسؤولية.كما وان من العقوبات ما لا يمكن توقيعها الا على الشخص الطبيعي كالسجن او العقوبات البدنية الاخرى يضاف اليه ان العلة في فرض العقوبة هو الردع ولا يتحقق ذلك الا مع الانسان لامتلاكه ارادة حقيقية[132].كما ويلاحظ الاستاذ Chapusان الاستاذ Michoud يتناقض مع نفسه في نظريته، فهو (ميشو)لا يقر بنظرية العضو التي تجعل من ارادة العضو الارادة الطبيعية للشخص المعنوي بل يرى ان ارادة العضو هي ارادة الشخص المعنوي من الوجهة القانونية فقط ولا تتعدى الى الوجهة الطبيعية،ومن دون ان تسمح لنظريته من ان تستند في هذا التصوير-(اي في اعتباره لافعال العضو بانها افعال الشخص المعنوي ذاته لاتحاد ارادتهما من الناحية الطبيعية)-على أي افتراض او مجاز،وان القانون بتقريره ذلك لم يعمل شيئا سوى اظهارها للحقيقة في صيغة قانونية. فهنا يتساءل شابي : ماذا تكون تلك الحقيقة لو لم تكن هي ذات الحقيقة التي اظهرها انصار نظرية العضو؟ وللاجابة عليه، يرى شابي ان موقف الاستاذ ميشو ينحصر بين امرين لا يمكن استبعاد أي منهما دون ان يتناقض مع نظريته، فاما ان تكون مسؤولية الشخص المعنوي مسؤولية ذاتية ومباشرة وهنا تصطدم نظريته بالمبدا القائل بعدم امكان الشخص المعنوي ارتكاب الأخطاء بذاته لانعدام الارادة الطبيعية لديه،او ان تكون مسؤولية الشخص المعنوي ذاتية ومباشرة رغم الحقيقة المخالفة لذلك،وهذا لايمكن ان يستقيم الا عن طريق الفرض او المجاز وهو ما رفضه ميشو وحاول ان يبعد نظريته من ان تستند اليه .

ومن ثم يؤكد شابي ان الحقيقة القانونية والواقعية في هذه المسالة تكمن في ان الشخص المعنوي يعمل دائما عن طريق اشخاص طبيعيين وان مسؤوليته تبعا لذلك تكون عن افعال هؤلاء،فتصبح مسؤوليته وفقا لذلك مسؤولية عن فعل الغير[133]،كما ان مدلول العضو عند الفقيه Michoud -كما يقول شابي-ينصرف ليشمل كل الموظفين

---

[130] Ibid em, No. 205,P.222

[131] H.L.Mazeaud-Jean Mazeaud, op.cit.No. 1981.P.1120.

[132] انظر د. رمضان ابو سعود ،المصدر السابق ،ص٣٧١، د. حسن كيرة ،المصدر السابق ،ص٦٢٣-د. احمد سلامة، المصدر السابق،ص٢١٥ -و د. انور احمد رسلان،المصدر السابق ،ص١٦٠-و د. محمود حلمي،المصدر السابق،ص٢٢.

[133] Rene Chapus , op.cit.No.196. P.216.

وانظر ايضا عادل احمد الطائي ،المصدر السابق ،ص١١٥-١١٦.

لعاملين لدى الشخص المعنوي العام والخاص وهذا التصوير للعضو يكون ايضا محـــلا للانتقاد في نظره لانه لا يدل في الواقع على معنى العضو الحقيقي، فـــالموظف بصفتـــه ممثلا او تابعا للشخص المعنوي يقوم باداء الاعمال فيه باجر معين و لمدة محددة تنتهي بمن الاحالة على التقاعد. اما العضو الحقيقي او الاصلي فـــي الواقـــع فـــهو مجمـــوع لناخبين الذين يمارسون وظيفة تعين ممثليهم . ولكن تطبيق نظرية العضو بمفهومـــها لصحيح هذا على الاشخاص المعنوية في دولة كفرنسا امر صعب للغاية، لتعذر ممارسة لديمقراطية المباشرة لذا فانها لاتزال تطبق النظام النيابي على عكس ما يمـــارس فـــي بعض الكانتونات السويسرية حيث يقوم مجموع الناخبين بتقريـــر شـــؤونها بأنفســـهم بتخاذهم القرارات المباشرة في كل ما يتعلق بحياتهم في كافـــة المجـــالات السياســـية والاجتماعية والاقتصادية .

اما العضو(الموظف)الذي يتخذ القرارات في الشخص المعنوي فياتي في مرتبة ثانيـة لانه يتم تعينه اصلا من قبل الناخبين .وبالتالي فهو يعتبر من الغير بالنســـبة للشـــخص لمعنوي فتكون مسؤولية الأخير عن اعماله الضارة مسؤولية تبعية وغير مباشرة .لأنه وان جاز قيام مسؤولية الشخص المعنوي مباشرة عن اعمـــال هـــؤلاء الا ان صعوبـــة تحديد من له صفة العضو في الشخص المعنوي يحول دون استقرار هذه النظريـــة[١٣٤]. ما الاستاذ Waline[١٣٥] فانه ايضا يعتبر المسؤولية في القانون العام مسؤولية عن فعل لغير، فهو ينفي امكانية نسبة المسؤولية بصورة مباشرة الى الشخص المعنوي العـــام، باعتبار الموظفين اعضاء فيه كاعضاء الجسم بالنسبة للانسان فهو يرى ان مـــن غـــير لصحيح مقارنة العضو في الشخص المعنوي بالعضو في الشخص الطبيعـــي لوجـــود ختلاف أساسي بينهما في الطبيعة والتكوين، فالعضو في الشـــخص الطبيعـــي لايمكنـــه لحركة والقيام بالاعمال(دون ايعاز من المركز العصبي او الدماغ)بينما يكـــون بامكـــان لعضو في الشخص المعنوي ان يعمل تلقائيا او ان يبدع ،كمـــا ان اعضـــاء الشـــخص لطبيعي التي بواسطتها يمارس اعماله ليست لها كيان مستقل عن كيانه،امـــا اعضـــاء لشخص المعنوي المتمثلة في الاشخاص الادميين فان كيانهم يستقل و ينفصل عن كيان لشخص المعنوي رغم ممارستهم للأنشـــطة و الأعمـــال بأســـم و لحســـاب الشـــخص لمعنوي.

لذا فقد اعتبرت مسؤولية ألادارة عن اعمالها ازاء الافراد خاضعة للمادة ١٣٨٤ من لقانون المدني الفرنسي التي تتطلب ازدواجا فـــي الأخطـــاء المرتكبـــة بســـبب ازدواج الاشخاص المسؤولين، فهي تتطلب ابتداء قيام الموظفين بارتكـــاب خطـــا يكفـــي لقيـــام مسؤوليتهم الشخصية عنه، ومن ثم ارتقاء هذه المسؤولية الى ألادارة بتاثير افـــتراض الخطأ غير القابل لاثبات العكس من جانبها [١٣٦].

---

[١٣٤] Chapus , op.cit, No. 262, P.261 .

[١٣٥] Waline, Droit Administratif,9 ed ,1963,No. 1357,P.787 .

نقلا عن ريني شابي ،المصدر السابق ،ص٢٦١،فقرة٢٤٤–وانظر كذلك عادل الطائي ،المصدر السابق ،ص١٢٢.

[١٣٦] د. رمضان ابو سعود ،المصدر السابق،ص٣٦٦.

اما فيما يتعلق بامكانية القضاء مساءلة الاشخاص المعنوية احيانا على أساس المادة ١٣٨٢ من القانون المدني الفرنسي عن الأخطاء التقصيرية التي يرتكبها اعضاء هـــذه الاشخاص كما هو الشأن بالنسبة لمسؤولية النقابات المهنية عن اخطاء المسؤولين عـن ادارتها، فيعلق الاستاذ Waline على ذلك بالقول انه سواء استندت المحاكم الى المـــادة ١٣٨٢ او المادة١٣٨٤من التقنين المدني بشان مسؤولية الاشــخاص المعنويـــة فـــان القضاء يصل الى نفس النتائج التي تؤكد كون المسؤولية في هذه الحالات هي عن فعــل الغير، لانه يفسر مسلك القضاء في استناده الى المادة١٣٨٢احيانـــا بصـــدد مســؤولية الاشخاص العامة، بانه لايرجع الى ان مسؤولية هذه الاشخاص هي مسؤولية ذاتيـــة او مباشرة وانما يكون راجعا الى ان هذه الاعضاء لا يمكن اعتبـــارهم تـــابعين للشـــخص المعنوي حتى تطبق بشأنهم احكام المادة١٣٨٤فلابد والحالة هذه الالتجاء الـــى النـــص العام الذي يحكم المسؤولية التقصـــيرية أي المادة ١٣٨٢من القانون المدني[١٣٧].

و ينضم الفقيهان Leon Duguit و Bordeaux الـــى انصـــار المســـؤولية التبعيـــة للادارة[١٣٨]، الا انهما قد اختلفا في الأساس الذي تستند اليه هذه المســؤولية .فـــالعميد ديكي ينكر الشخصية المعنوية للدولة ويعتبرها مفهوما غير مبرهن عليه ويتعذر اثباتها، وكونها لا تستجيب لاية حقيقة مدركة مباشرة، ومن ثم فهو ينكـــر قـــدرة ألادارة علـــى ارتكاب ألأخطاء اذ يقول انه اذا حصل وان سلمنا بصحة القول بان ألادارة هي شـــخص جماعي (معنوي) فانها مع ذلك لا يمكنها ارتكاب الخطأ بنفسها، والقول بخلاف هذا هـــو ضرب من الوهم، وحيث ان ألادارة ليست لـــها ارادة طبيعيـــة مدركـــة ،ولان ارتكـــاب ألأخطاء يستوجب وجود ارادة انسانية حقيقية ،فان الموظفين كاشـــخاص ادميـــن هـــم المرتكبون للاخطاء فلا يصح نسبتها الى الشخص المعنوي العام الذي يتبعونه .

ومن جهة اخرى فان هذا الفقيه يرجع أساس تلك المسؤولية لا الـــى فكـــرة الخطـــأ وانما الى فكرة التضامن الاجتماعي ،اذ يقول بهذا الصدد "اننـــا لا يمكننـــا ان نتصـــور مسؤولية الدولة الا على أساس فكرة التامين الاجتماعي ".

---

[١٣٧] Rene Chapus, No.198, P.218 .

وبعد كل ذلك يرى شابي ان الحقيقة القانونية لمسؤولية الشخص المعنوي هي ان هذا الشخص يعمل دائما عن طريق اشـــخاص طبيعيين يقومون بادارة شؤون هذا الشخص فاذا حصل وكان هناك اختلاف في مركز هؤلاء العاملين بالنسبة للهيئـــة الـــتي يتبعونها ،فذلك لا يستوجب ان تنسب تصرفات بعضهم الى الشخص المعنوي مباشرة وكانها صادرة عنه . بل تبقى في نظـــر القانون و الواقع تصرفات صادرة عن هؤلاء الاشخاص ومن ثم فان المسؤولية عنها هي مسؤولية غير مباشرة و عن فعل الغير. المصدر نفسه ،ص٢٢١-٢٠٢.

[١٣٨] Duguit(L). Traite de droit administratif et de droit public, Paris, sirey,12 edit, par A. Hauriou,1933.P.469-470

نقلا عن شابي ،المصدر السابق ،ص٢٦٠ ،فقرة ٢٤٤،وانظر ايضا العميد ليون ديكي ،دروس في القانون العام ،مركز البحـــوث القانونية ،ترجمة رشدي خالد ،بغداد ،١٩٨١،ص٤٦-٥٢.

اما العميد بوردو فانه يتفق مع ما ذهب اليه العميد ديكي من انكار المسؤولية الذاتية للشخص المعنوي العام ويؤكد بأن تلك المسؤولية هي عن فعل الغير ولكنه يقيم تلك المسؤولية على أساس اخر غير الذي استند اليه العميد ديكي فهو يقول"الدولة نوعا ما ضامنة لما نسميه غالبا بالخطر الاجتماعي ،أعني الخطر الناتج عن النشاط الاجتماعي بسبب تدخل الدولة .فهذه المسؤولية هي دوما مستندة على هذه الفكرة ،واذا حصل وان وقع خطا من موظفيها فتكون الدولة حينئذ مسؤولة ليست لكونها اقترفت الخطأ بنفسها او بواسطة موظفيها بل لانها تضمن موظفيها ضد جميع المخاطر الاجتماعية[١٣٩].

فالواضح ان هذا الفقيه أرجع أساس المسؤولية التبعية للأدارة الى فكرة ضمان الخطر الأجتماعي بدلا من فكرة التأمين الأجتماعي التي تتبناها العميد ديگي.

وبصدد هذا الخلاف يرى استاذنا د.عبدالرحمن رحيم مايلي "ان الكلام هنا يجري حول الشخص القانوني وفي دائرة القانون لا في الفلسفة لهذا ،فانه لأمر منطقي الايتطابق الشخص المعنوي مع الشخص الطبيعي لوجود الفارق بينهما من حيث اهليتي الوجوب والاداء مع الاقرار بوجه التشابه فيما بينهما .

فالامر المهم بالنسبة للشخص القانوني هو جوهر هذا الشخص الذي يكمن في قيمته الاجتماعية .عليه فان الشخص المعنوي –وفي اطار هذا المفهوم –شخص حقيقي اذ ان فكرة الشخصية المعنوية باتت حقيقة قائمة ومستقرة في عالم القانون ولدى القضاء و معظم فقهاء القانون .ومن هذا المنطلق فان الاخذ بالراي المخالف لهذه الحقيقة يؤدي بالضرورة الى الغاء فكرة الشخص المعنوي من أساسها وهذه نتيجة لايمكن قبولها وياباها المنطق القانوني .

ويترتب على اعتبار الشخص المعنوي شخصا قانونيا حقيقيا غير مجسم ان يتحمل النتائج التي تترتب على ما يقوم به من تصرفات قانونية بصورة مباشرة او غير مباشرة "[١٤٠].

ومما يجدر ذكره ان بعض قرارات المحاكم الفرنسية قد اخضعت الشخص المعنوي لاحكام مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع ،إلا انها كانت تتبنى في كل قضية الأساس

---

[١٣٩] ، انظر د. احمد حافظ نجم ،المصدر السابق ،ص١٠١ ،–كما وينكر الفقيه جيز فكرة الشخصية المعنوية وذلك بقوله "لا اذكر انني تناولت طعام الغذاء مرة مع احدى الشخصيات المعنوية " –المصدر نفسه ،نفس الصفحة .

[١٤٠] تلقيت هذا الرأي منه مباشرة عند مناقشة هذا الموضوع .

القانوني الذي يكون اكثر ملائمة لها وفقا لما يحيط بها من ظروف[١٤١].فقضت محكمة ليون، بمسؤولية الشركات المساهمة عن الافعال الضارة التي ارتكبها مديروها [١٤٢].و بمسؤولية النقابات المهنية والجمعيات عن اعمال لجانها التنفيذية ،وكذلك مسؤولية شركات السكك الحديدية عن الاعمال الضارة لموظفيها [١٤٣].

واذا كان لابد ان ندلو بدلونا في هذا المجال،فاننا نقول،تأييدا لجانب من هذه الاراء، ان مسؤولية ألادارة يمكن ان تكون مسؤولية ذاتية و مباشرة عندما تكون تلك المسؤولية أساسها الضرر او عندما تكون قائمة على أساس الخطأ المرتكب في النطاق المادي والذهني لواجبات الوظيفة ،فألادارة كشخص معنوي عام تنطبق عليها المبادئ والاحكام المنصوص عليها في نظام المسؤولية للاشخاص المعنوية بصورة عامة وبالقدر الذي لايتعارض مع طبيعة ألادارة .ولما كانت فكرة الشخصية المعنوية قد استقرت على صعيد التشريع والقضاء في كافة الدول وما تضمنته من اعتراف المشرع بامتلاك الشخص المعنوي لشخصية قانونية مستقلة وبالاهلية اللازمة لمباشرة كافة الاعمال والتصرفات التي يتخصص بادائها في المجتمع، فلا يبقى بعد ذلك ما يمنع من قيام مسؤوليتها الذاتية او التبعية كما تقوم مسؤولية الاشخاص الطبيعيين .

والواقع، يجب ان لا يفسر عدم امكانية الشخص المعنوي لاداء اعماله بنفسه دون ممثليه والعاملين فيه بكونه عديم الأهلية، بل يجب القول بان الارادة التي يعبر عنها ممثلو الشخص المعنوي وما يقومون به من اعمال تعد في نظر القانون بمثابة ارادة وعمل الشخص المعنوي وذلك لضرورات اجتماعية وقانونية[١٤٤]،ولكن بالرغم من ذلك فانه يبقى هناك فارق في الشخصية القانونية المقررة للشخص المعنوي (ألادارة)عن تلك المقررة للشخص الطبيعي لان ارادة الشخص المعنوي هي دائما ارادة مفترضة تستلزم وجود اشخاص ادميين للتعبير عنها. ولا تؤثر هذه الحقيقة سلبا في الشخصية القانونية للشخص المعنوي، اذ ان ثبوت الشخصية القانونية لشخص معين لا يمنع لا يمنع اسناد نشاطه لشخص اخر، لذا فانه بأمكان الشخص المعنوي العام او الخاص ارتكاب الأخطاء ومن ثم

---

(١٤١) د.محمد فؤاد مهنا ،المسؤولية الادارية في تشريعات البلاد العربية ،المصدر السابق ص١٣٧.

(١٤٢) محكمة ليون ٥ تشرين الثاني ،١٩٣٣،داللوز الاسبوعية،١٩٣٨،الاحكام ،١٢-١٥-مشار اليه في مؤلف د.سليمان مرقس ،المصدر السابق ،ص٤٠٠.

(١٤٣) المصدر السابق ،ص٤٠١-وانظر ايضا الاحكام التي اشار اليها الدكتور محمد الشيخ عمر ،المصدر السابق،ص٢٣٨.

(١٤٤) لتايد هذا القول انظر د.رمضان ابو سعود ،المصدر السابق ،ص٣٦٧،- و د.عبدالمنعم البدراوي ،مبادئ القانون، مكتبة السيد عبدالله وهبة ،١٩٧٧،ص٣٢٢.

قيام مسؤوليته الذاتية والمباشرة عنها ،وان صدرت تلـــك الأخطـــاء عـــن الاشـــخاص الطبيعية (الموظفون)من الناحية المادية طالما لم تتأثر تلك الشخصية او الارادة المقررة للشخص المعنوي العام بسبب اسناد اعماله الى موظفيه.ومما يبرهن على صحـــة هـــذا القول أي (جواز قيام المسؤولية الذاتية للادارة) ما ابتدعه قضاء مجلس الدولة الفرنسي من نظرية الخطأ المرفقي[١٤٥]، وفيها ينسب الخطأ بصورة مباشرة الـــى ألادارة فتثبـــت مسؤوليتها الذاتية عنه رغم صدور الخطأ من الناحية المادية عن الموظف الا انه يعتـــبر خطا المرفق العام لاسباب تتعلق بألادارة و طبيعة الاعمال التي تقوم بها [١٤٦].

اما مسؤولية ألادارة عن ألأخطاء المرتكبـــة خـــارج اطـــار الوظيفـــة او الأخطـــاء الشخصية للموظفين فان مما لاشك فيه انها مسؤولية تبعية وعن فعل الغير حيث ينســـب

---

(١٤٥) ابتدع قضاء مجلس الدولة الفرنسي وهو قضاء انشائي بدرجة أساسية الى جانب نظرية الخطأ المرفقي العديد من النظريات والتي استقل بها في هذا المجال وسبق بها القانون الخاص والتي اصبح بعضها أساسا للقانون الاداري وبالتالي للمسؤوليه الاداريه ومنها –نظرية المخاطر الادارية ،ونظرية علاقة الموظف بالدولة ونظرية القرار الاداري ونظرية الظروف الطارئة ونظرية العقود الادارية ونظرية التنظيم الاداري وغيرها في مجال القانون العام .

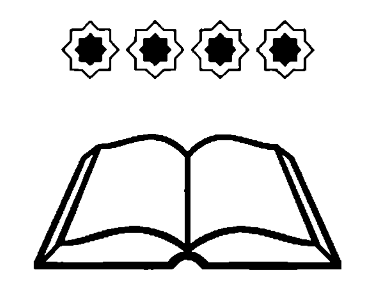
(١٤٦) يرى د.إبراهيم طه الفياض ان مسؤولية الاشخاص المعنوية العامة (ألادارة)هي مسؤولية عن فعل الغير ،كما ويعكـــس ان تكون مسؤولية عن الاشياء التي تمتلكها ألادارة ،ويستدل على ذلك بالاحكام القضائية الصادرة عن مجلس الدولة الفرنســـي ومحكمة التنازع الفرنسية ،اذ لم تشر هذه الاحكام الى المسؤولية الشخصية او المباشرة للادارة لعدم اشارتها الى (خطا المرفـــق العام faute du service public) او خطا الخدمة ،وهذا دليل على ان الخطأ لاياتي به المرفق وانما يرتكبه شـــخص طبيعي يعمل لحساب و مصلحة المرفق(انظر رسالته السابق ذكرها ص٧٠ وما بعدها).

لكننا لانتفق مع ما ذهب اليه الدكتور الفياض وذلك لان مسؤولية ألادارة عن ألأخطاء المرفقية او المصلحية هي دائما مســـؤولية ذاتية وليست عن فعل الغير ،وان ما استند اليه د.الفياض من ان القضاء الاداري الفرنسي قد استخدم مصطلح الخطأ المرفقـــي بدلا من مصطلح خطا المرفق العام،لانجد فيه ما يحتمل هذا التاويل ،اذا ان المستقر عليه في صعيد الفقه والاجتـــهاد الاداري ان الخطأ المرفقي ينسب مباشرة الى جهة ألادارة بالرغم من معرفة هوية الموظف الذي صدر منه الخطأ ،طالما لم يكن في الامكـــان فصل هذا الفعل الضار للموظف عن مهام و نشاط المرفق العام ،وان الجاري لدى قضاء مجلس الدولة الفرنسي عدم تميزه بـــين المصطلحين في احكامه ،اذ يستوي عنده مفهوم كل منهما عندما يدلان على ان المرفق هو مرتكب الخطأ وان صدر في الواقـــع عن الموظف ،ولكن جرت العادة امام هذا القضاء عند عدم امكان معرفة الموظف او الموظفين مرتكب الخطأ تسميته بمصطلـــح (خطا المرفق العام).

ففي اعتقادنا ان كلا المصطلحين يحملان معنى واحدا ،وهو ان الخطأ ينسب الى المرفق العام بذاته ومن ثم تقوم مسؤولية المباشـــرة عنه .وان كان هناك اختلاف بينهما فهو مقصور في الجانب الشكلي والنحوي فحسب وقد اشار الى ذلك د.الفياض نفســـه عندما قال بان مصطلح faute du service يعني faute de le service أي الاضافة الى الاسم المعرف بعكـــس المصطلح faute de service فهو وصف للخطا وليس تعريفا له ،(انظر د.ابراهيم الفياض ،المصدر الســـابق،ص١٩٠ الهامش).

فيها الخطأ الى ذات الموظف فتقوم مسؤوليته الشخصية عنه .واذا حـــدث وان دفعـت ألادارة التعويض للمضرور عن هذا النوع من الخطأ فانه لايكون الا لان الموظف تـــابع للادارة فيسري عليها القواعد المدنية بخصـــوص مســؤولية المتبـوع عـن اعمــال التابع[١٤٧]، والتي قررت لضمان ولحماية حق المضـــرور فـــي التعويــض وللتخفيــف والتسهيل عن الموظف او التابع الذي يكون غالبا في موقف اقتصادي ضعيف.ومن ثـــم يكون للادارة حق الرجوع على الموظف بما دفعته عنه من التعويض.

ومهما يكن من امر فاننا لا نخرج عن الحقيقة الواقعية للشخص المعنوي العام لـــو قلنا ان ألادارة يمكن ان تكون مسؤولة مسؤولية ذاتية ومباشرة و هنا نكون امام الخطـأ المرفقي طبقا لقواعد القانون الاداري عند تحقق شروط هذا الخطأ، وقد تكون مســؤولية ألادارة مسؤولية غير مباشرة عن فعل الغير، حينما يكون خطا الموظف شخصيا رغم ان ألادارة هنا تتحمل ايضا نوعا اخر من المسؤولية حسب التطور الذي توصل اليه قضـــاء مجلس الدولة الفرنسي وهذه المسؤولية هي مســـؤولية ألادارة فـــي دفـــع التعويـــض للمضرورعن ألأخطاء الشخصية للموظف،كما سنتطرق اليه بالتفصيل في الفصل الثـــاني من هذا الباب .



(١٤٧) تفترض المسؤولية التبعية للادارة ان يكون الموظف تابعا لجهة ألادارة ولكن ليس بالمفهوم الوارد في القانون الخاص أي ليس على أساس ان علاقة الموظف بألادارة هي علاقة تعاقدية (كتلك القائمة بين المتبوع و تابعه) بل على ان هذه العلاقة هي علاقة تنظيمية .ومن هنا يجب ان نميز بين العلاقة التبعية الناتجة عن التزام عقدي وبين العلاقة التبعية النابعة عن التزام قانوني – لان الموظف اصبح في مركز قانوني موضوعي بعد ان كان في مركز قانوني شخصي في السابق. (انظر مقاربا لهذا المعنى استاذنا د.عبدالرحمن رحيم عبدالله ،بحثه الموسوم مسؤولية ألادارة على أساس الخطأ، مكتوب بخط اليد ،غير منشور ،١٩٩٤،ص١–ص٤١ بالاشارة الى ص٢١ ،وايضا راجع بهذا الصدد د.حماد محمود الشطا ،المصدر السابق،ص١٥ص١٦، و د.ابراهيم عبدالعزيز شيحا ،المصدر السابق ،ص١٤٦–د.عبدالغني بسيوني عبدالله،القانون الاداري ،الدار الجامعية،بيروت، ١٩٨٦. ص٢٠٢ص٢٠٣– و د.عادل الطبطبائي ،قانون الخدمة المدنية الكويتي الجديد،جامعة الكويت، ١٩٨٣،ص٣٨ .

-المبحث الثاني-

طبيعة مسؤولية ألادارة في مصر و العراق

-المطلب الاول-

طبيعة مسؤولية ألادارة في مصر:-

اختلفت الاتجاهات وتعددت الاراء في مصر كما حصل في فرنسا بشان طبيعة مسؤولية الشخص المعنوي عن اعمال ممثليه او العاملين فيه ،فذهب قسم [١٤٨] من الفقهاء الى ان مسؤولية ألادارة بالنسبة للاضرار التي تصيب الغير هي دائما مسؤولية تبعية و غير مباشرة،اذ ان ألادارة بجميع اقسامها ومرافقها في الدولة اشخاص معنوية، والشخص المعنوي لا يرتكب خطأ ولايمكن ان ينسب اليه الخطأ وانه لا يصدر الاعن الشخص الطبيعي سواء كان هذا الشخص هو مجلس ادارة الشخص المعنوي او مديره او أي عضو له او انه مجرد عامل تنفيذ فيه.وان إعمال قواعد المسؤولية المدنية في مجال مسؤولية الشخص المعنوي يترتب عليه ان يلتزم الموظف المخطا شخصيا بالتعويض وان حصل وتقررت مسؤولية الشخص المعنوي عن الفرد المرتكب للخطأ بموجب احكام المسؤولية التبعية لوجود علاقة خضوع بين هؤلاء الافراد العاملين والشخص المعنوي وفقا لما ينص عليه قانون انشائه او ان التبعية مفترضة قانونا كما هو بالنسبة لموظفي ألادارة ، فانها مسؤولية مؤقتة اذ يحق لهذا الشخص الرجوع على الموظف مرتكب الخطأ بما دفعه عنه من تعويض للمضرور.الا ان بعضا من اصحاب هذا الراي [١٨٩]، يرى بأن التميز بين العضو والتابع في مجال مسؤولية الشخص المعنوي هو تميز لا أساس له ولا مبرر ،وانه يجب قصرها على الشؤون المتعلقة بادارة ذلك الشخص والتصرف بأسمه.

ويعزز الرأي القائل بالمسؤولية التبعية للادارة بعض الاحكام القضائية،فقضت محكمة استئناف المصرية بمسؤولية شركة السكك الحديدية عن الحوادث التي تقع بخطا من

---

(١٤٨) انظر بهذا الصدد -د.محمد فؤاد مهنا ،المسؤولية الادارية في تشريعات البلاد العربية،المصدر السابق ،ص١٣٧-١٣٨ .د.محمد الشافعي ابو راس ،القضاء الاداري عالم الكتب،مكتبة النصر بالزقازيق،القاهرة ،بدون سنة طبع،ص٣٢٥ص٣٢٦ .-د.عبدالمنعم فرج الصدة،مصادر الالتزام ،دا رالنهضة العربية ،بيروت،١٩٧١،ص٥٥٦،-د.محمد الشيخ عمر ،المصدز السابق ،ص٢٤٠.

(١٨٩) د. محمد الشيخ عمر،المصدر السابق ،ص٢٤٠ .

احد عمالها[١٥٠].ومسؤولية شركة الملاحة عن اخطاء عمالها في تفريغ البضائع المشحونة على سفنها[١٥١]، وعامل البريد الذي يضيع رسالة فتكون مصلحة البريد مسؤولة عنه مسؤولية تبعية، كما وقضت محكمة النقض المصرية بان الوقف يعتبر شخصا اعتباريا و يكون مسؤولا عن اخطاء ممثليه (ناظر الوقف)مسؤولية غير مباشرة على أساس المادة ١٧٤ من القانون المدني[١٥٢].ففي كل هذه الحالات طبقت المحاكم المصرية احكام القانون المدني المتعلقة بمسؤولية المتبوع عن اعمال التابع كلما ثبت لديها وقوع خطا من تابع الشخص المعنوي العام في اثناء تأدية وظيفته وسواء امكن تعين التابع الذي وقع منه الخطأ او تعذر[١٥٣].

وذهبت محكمة النقض في حكم آخر لها الى ان من الثابت ان الموظف قد ارتكب الخطأ الموجب لمسؤوليته حال تأدية عمله و اعتمادا على سلطة وظيفته مالم يقع تقصير من جانب الحكومة عند مقارنة الموظف لهذا الخطأ الذي اقيم عليه الحكم بالتعويض، فتكون مسؤولية الحكومة بهذا الوصف هي مسؤولية المتبوع عن تابعه فهي ليست مسؤولية ذاتية عن خطأ شخصي وقع منها وانما تقوم مسؤوليتها على أساس الخطأ الحاصل من الغير و هو الموظف التابع لها وبذلك تكون المسؤولية تضامنية مع تابعها و مسؤولة ازاء المضرور عن افعاله غير المشروعة وفقا للمادة ١٧٤،وليست مسؤولة معه بصفتها المدنية[١٥٤].

ويرى البعض الآخر من الفقهاء[١٥٥]ان مسؤولية الاشخاص المعنوية (ألادارة)عن الأخطاء الصادرة عن العاملين فيها هي مسؤولية ذاتية تنسب الى الشخص المعنوي مباشرة باعتباره شخصا قانونيا يمكنه ممارسة حقوقه وتحمل التزاماته،ويبررون ذلك بما شهدته الاشخاص المعنوية من اتساع في الوقت الحاضر، واصبحت الضرورة

---

(١٥٠) استئناف مختلط ٣ شباط ١٩٠٦(١٨ص٨٢)-مشار اليه في د.سليمان مرقس،المصدر السابق ص٤٠٢ .

(١٥١) استئناف مختلط ١٥ حزيران ١٩٠٤ (١٦ص٣٢٧)-مشار اليه في د. سليمان مرقس ،ص٤٠٢ .

(١٥٢) نقض مدني ١١ آذار سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر (٥)رقم ٢٨٧ص٥٦٥-مشار اليه في د. عبدالرزاق السنهوري،الوجيز في شرح القانون المدني ،المصدر السابق،ص٣٢٤ .

(١٥٣) قد يكون الموظف المرتكب للخطأ غير معروف الهوية بين موظفي ألادارة اما لان الخطأ شائع بين طائفة كبيرة ،او لتعذر التعرف على من ارتكب الخطأوان كان من الثابت قطعا ان هناك خطا ارتكبه احد موظفي ألادارة وادى الى حدوث الضرر فهنا ايضا قرر القضاء مسؤولية ألادارة على أساس مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع لان القانون لايشترط التعرف على الفاعل فقد قضت محكمة الاسكندرية الابتدائية في ١٩٥٠/٤/٣ باعتبار الحكومة مسؤولة عن اصابة احد الافراد بطلقة قاتلة اطلقها احد رجال الجيش الذين كانوا يتولون المحافظة على الامن اثناء اضراب رجال البوليس ،رغم عدم امكان التعرف على شخصية مطلق الرصاص .(راجع عبدالمنعم حسين ،مدونة التشريع والقضاء في المواد المدنية والتجارية ،الجزء الثاني ،السنة الثالثة ،العدد الاول ،ص٣ .

(١٥٤) حكم محكمة النقض في ١٩٥٤/١٢/١٦،مجموعة٦،ص٢٧٠-المرجع السابق ،ص٥ .

(١٥٥) بهذا المعنى انظر د. محمود عثمان الهمشري ،المصدر السابق،ص٤٠٦-وايضا د.محمد لبيب شنب،المسؤولية عن الاشياء...،المصدر السابق،ص٨٢.

تقضي الحد من هذا النشاط او وقفه اذا ما بات يشكل خطرا على امن الجماعة ونظمـها السائدة، وانه لا مناص والحالة هذه من تقرير المسؤولية هذه الاشـخاص مسـؤولية مباشرة بغض النظر عن القائم بادارة هذا الشخص .

وعلى هذا فان مسؤولية اشخاص القانون العام ستنهض على غرار مسؤولية الافراد والجماعات الخاصة،فالمحاكم المدنية تعتبر هي صاحبـة الاختصـاص بنظـر دعـاوي المسؤولية التي تقام على ألادارة عن الاضرار الناجمة عن عمل مادي صـادر عنـها و تطبق بشانها قواعد المسؤولية المدنية الخاصة بالمسؤولية عن الفعل الشخصي [١٥٦].

وتطبيقا لذلك جاء في قرار لمحكمة النقض انه لا فرق بين الافراد والمصالح العامـة في وجوب احترام القوانين وعدم تعدي حدودها .فاذا تعدت مصلحة من مصالح الحكومة حدود القانون والاوامرالعالية كانت مسؤولة عن تعويـض الضـرر الـذي نتـج مـن عدائها[١٥٧] كما قررت مسؤولية ألادارة الشخصية عن الخلل الذي احدثه فـي مـنزل المدعي تسرب المياه اليه نتيجة كسر انبوبتها وذلك لتقصيرها في مراقبـة الانـابيب و ملاحظتها و تعهدها في باطن الارض و الكشف عليها من وقت لاخر للتاكد من سـلامتها ودوام صلاحيتها[١٥٨]. وقضت ايضا بمسؤولية مصلحة الاثارعن خطئـها فـي سـحب رخصة متجر بالاثار بدون وجه حق[١٥٩].

كما جاء في قرار آخر صدر في محكمة استئناف والذي اعتبر جهة ألادارة مسـؤولة مسؤولية شخصية عن الخطأ الذي يقع منها و اهمالها فـي الاشـراف علـى السـلوك الشخصي لأحد عمالها المصاب باضطراب عقلي ادى الى قتل زميله بانه يعتـبر خطئـا شخصيا من ألادارة يستوجب مسؤوليتها[١٦٠].

فالواضح ان القضاء المصري لايهتم بوضع اسس نظرية لاحكامه في هـذا الشـان وانه يلجأ الى تطبيق قواعد المسؤولية الشخصية لمساءلة الاشـخاص المعنويـة فـي الحالات التي يصعب او يستحيل فيها اسناد الخطأ الى تابع معين ،فيتساوي لديه بالتـالي من الناحية العملية مساءلة هذا الشخص على أساس المسؤولية التبعية او على أسـاس المسؤولية الشخصية[١٦١]، و يذكر المستشار حسين عامر ان مسؤولية الحكومة عمـا يترتب من ضرر بسبب الاختلال في تنظيم المرفق العام هو خطأ يقتصر على الحكومـة فتسال عنه وحدها، وعلى المضرور ان يثبت ان ما اصابه من الضرر يرجع الى سـوء

---

(١٥٦) انظر د احمد سلامة ،المصدر السابق ،ص١٩٤-د.ابراهيم عبدالعزيز شيحا،المصدر السابق،ص١١٢.

(١٥٧) استئناف مصر ٤شباط ١٩٢٤ المحامات ٤ -٨٢٩-٦٢٧ نقض مدني -مشار اليه في مؤلف د.سليمان مرقس، المصدر السابق،ص٤١١.

(١٥٨) نقض مدني ١٧نيسان ١٩٤٧ ،الطعن رقم ٥ سنة ١٦-نقلا عن د.سليمان مرقس،ص٤١١ .

(١٥٩) نقض مدني ٩ نيسان ١٩٣٦ المحاماة ١٧-٧٤-مشار اليه في مؤلف د.محمد فؤاد مهنا ،المسؤولية الادارية في تشـريعات البلاد العربية ،المصدر السابق ،ص١٣٨ .

(١٦٠) استئناف القاهرة ١٩٦٧/٥/١٦ ،المحاماة ٤٨ ص١٢٨- عبدالمنعم حسني ،المرجع السابق ،ص١٧ .

(١٦١) د.محمود لبيب شنب ،المسؤولية عن الاشياء ،المصدر السابق نص٨٤.

التنظيم في المرفق ذاته او في ألادارة الحكومية ،وتنهض مسؤولية الحكومة وحدها على الاخص اذا تعذر تعين المتتسبب في الضرر من بين الموظفين وهذا ما انتهت اليه محكمة النقض[١٦٢].

ومن ذلك حكم المحكمة الادارية العليا في انه اذا تراخت ألادارة في تسليم الموظف عمله من التاريخ الذي وضع نفسه فيه تحت تصرفها ،دون ان يقوم سبب من الاسباب الموجبة قانونا للحيلولة بينه وبين اداء عمله ،فانها تكون قد تسببت في حرمان الموظف من راتبه عن هذه المدة دون سند من القانون،ويحق للموظف اقتضاء التعويض عما اصابه من اضرار نتيجة خطأ ألادارة [١٦٣].

ومن الملاحظ على هذه الاحكام انها تقر و لو من الناحية التطبيقية امكانية الشخص المعنوي العام والخاص[١٦٤]،على ارتكاب الخطأومن ثم قيام المسؤولية الذاتية والمباشرة عنه،وهذا يتفق مع الرأي القائل بامكانية ارتكاب ألادارة للخطأ و ثبوت مسؤوليتها الذاتية عنه.

كما قررت محكمة النقض ايضا في حكم لها انه اذا كان لجهة ألادارة حرية ادارة المرافق العامة ومن بينها مرفق الامن، وحق تنظيمها والاشراف عليها ،الا ان ذلك لا يمنع القضاء كما جرى عليه قضاء محكمة النقض من حق التدخل لتقرير مسؤولية ألادارة عن الضرر الذى يصيب الغير متى كان ذلك راجعا الى اهمالها او تقصيرها في تنظيم شؤون المرافق العامة او الاشراف عليها والمحكمة وهي بسبيل تحقيق الخطأ المنسوب الى جهة ألادارة غير ملزمة ببيان وسيلة تلافيه اذ ان ذلك من شأن جهة ألادارة وحدها عملا بمبدأ الفصل بين السلطات[١٦٥].

ويرى البعض الاخر من الفقهاء ان لمسؤولية ألادارة طبيعة ثنائية،تعتمد فيها على صفة الشخص الذي يصدر عنه العمل الضار وعلى ما اذا كان الضرر ناتجا عن عمل

---

(١٦٢) راجع المستشار حسين عامر و عبدالرحيم عامر،المصدر السابق ،ص٦٦٠ .

(١٦٣) حكم محكمة الادارية العليا في ١٩٦٩/٣/٨ ،المحاماة ص١٣١، عبدالمنعم حسين ،ص٢١ .

(١٦٤) استخدم التشريع المصري مصطلح (الشخص الاعتباري)بدلا من (الشخص المعنوي)،وقد عرفه بانه" مجموعة من الافراد او الاموال يعترف القانون لها بالشخصية القانونية "،وحددت المادة ٥٢ من القانون المدني المصري الاشخاص الاعتبارية بـ ١- الدولة وكذلك المديريات (المحافظات)والمدن والقرى بالشروط التي يحددها القانون ،الادارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التي يمنحها القانون شخصية قانونية ٢-الهيئات والطوائف الدينية التي تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية ٣- الاوقاف ٤- الشركات التجارية والمدنية ٥- الجمعيات والمؤسسات ٦- كل مجموعة من اشخاص او أموال تثبت لها الشخصية الاعتبارية .ومن هذه المادة يتضح ان التشريع المصري انحاز الىاعتبار الشخص المعنوي حقيقة واقعية وليس فرضا وهميا .ويطابق هذه المادة في القانون الليبي المادة ٥٢ ايضا من القانون المدني.كما وتقابل المادة ٥٤ من القانون المدني السوري مع بعض الاختلافات اللفظية . وفي القانون العراقي المادة ٧٤ مع بعض التعديلات الجزئية .راجع في ذلك د.سليمان مرقس ،المصدر السابق ،ص٣٩٤-و د.احمد سلامة \،المصدر السابق، ص١٩٤-و د. ابراهيم عبدالعزيز ،المصدر السابق، ص١١٤،-ود.محمود حلمي، المصدر السابق،ص١٠٤ .

(١٦٥) حكم محكمة النقض في ١٩٦٥/٥/٢١ ،المجموعة ١٦ ،ص٦١٤-عبدالمنعم حسني ،المرجع السابق ،ص٢٣ .

مادي او قرار اداري .فذهب د.سليمان مرقس[١٦٦] الى ان الاصل في القانون المصري ان الاشخاص المعنوية العامة والخاصة يمكن مساءلتها مدنيا وان تطبق بشان مسؤوليتها احكام القانون المدني .فتطبق عليها اولا احكام مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه كما تطبق على كل الاشخاص الطبيعية في كل حالة تتوافر فيها علاقة تبعية وخطأ التابع.اما اذا وقع الخطأ من شخص طبيعي يعمل باسم الشخص المعنوي و لحسابه دون ان يعتبر تابعا له (كرئيس مجلس ألادارة او مديرها)او اذا تعذرت نسبة الخطأ الى شخص معين لشيوعه، فلا مناص والحالة هذه من اسناد الخطأ الى الشخص المعنوي نفسه و مساءلته بصورة مباشرة وفقا لاحكام مسؤولية المرء عن فعله الشخصي .

فيبدو ان هذا الفقيه يفرق في مجال مسؤولية الشخص المعنوي بين التابع والعضو في الشخص المعنوي وبهذا فهو يؤيد ما اقره الاستاذ Michoud في نظريته السابق ذكرها.و يفرق الاستاذ السنهوري[١٦٧] في مجال مسؤولية الاشخاص المعنوية بين فرضين، فهو يعتبر مسؤولية الشخص المعنوي عن ألأخطاء الصادرة عن ممثليه مسؤولية عن فعل الغير ،وقد اورد في ذلك امثلة منها سائق قطار يدهس احد المارة باهماله فتكون مصلحة السكك الحديدية مسؤولة عن اهمال السائق ،ومدير شركة يفصل عاملا في وقت غير لائق فتكون الشركة مسؤولة عن هذا الفصل ،وساعي البريد يضيع رسالة عهد اليه تسليمها الى صاحبها فتكون مصلحة البريد مسؤولة عن الساعي .

في حين انه اعتبر مسؤولية الشخص المعنوي عن ألأخطاء الصادرة عن هيئاتها، (كمجلس ادارة الشركة او جمعيتها العامة)مسؤولية ذاتية ومباشرة،اذ ينسب الخطأ في هذه الحالة الى الشخص المعنوي بصورة مباشرة ،واورد ايضا في ذلك امثلة منها كما لو قضيت شركة لمنافسة تجارية غير مشروعة او لتقليد مزور،ففي كل هذه الحالات فان مسؤولية الشخص المعنوي هي ذاتية و مباشرة ،فلابد حينئذ من الاقتصار على ركن التعدي وحده في الخطأ دون ركن التمييز[١٦٨].

ويقترب من هذه الوجهة، مااعتنقه د.الصراف من رأي[١٦٩]،اذ ذهب فيه الى ان الشخص المعنوي يمتلك ارادة خاصة به وفقا للتصوير الحديث للشخص المعنوي، فمسؤوليته تكون ذاتية ومباشرة عن الاعمال الضارة لأعضائه وممثليه، في حين تكون مسؤوليته تبعية وغير مباشرة عما يصدر من الاعمال غير المشروعة عن الاشخاص غير الاعضاء فيه من التابعين والعمال .

---

(١٦٦) د.سليمان مرقس ،المصدر السابق ،ص٤٢٢.

(١٦٧) د.عبدالرزاق احمد سنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد-مصادر الالزام،المصدر السابق،ص٨٠٧-٨٠٨

(١٦٨) لغرض معرفة ارتكاب الشخص المعنوي للخطأ ولتحديده ،يستعان بمعيار مادي غير شخصي وهو ان يقاس تصرفه بتصرف شخص معنوي مجرد تحيطه نفس الظروف الخارجية التي احاطت به .فان تبين انحراف سلوك الشخص الاول عن سلوك الشخص الثاني بصورة ملحوظة ،عد ذلك خطئا يستوجب قيام مسؤوليته عنه .انظر حسن كيرة،المصدر السابق، ص٦٢٦ .

(١٦٩) د.عباس حسن صراف ،المصدر السابق ،ص٢٣٨.

اما د.الطماوي[١٧٠]فقد اعتبران مسؤولية ألادارة عن الاعمال الغير المشروعة لموظفيها هي مسؤولية عن فعل الغير تخضع لاحكام المادة ١٧٤ من القانون المدني، لان الادارة او الحكومة كشخص معنوي عام لاتتصرف الا عن طريق موظفيها ،لأنهم وسيلتها في التعبير والتنفيذ وبالتالي تتحقق مسؤوليتها عن اعمال هؤلاء .الا انه من جانب آخر يؤكد ان هناك حالات أخرى اقل تطبيقا في العمل لا نستطيع فيها ان ننسب الفعل الضار الى موظف او موظفين معينين ،وانما يكون الفعل الضار في حقيقته صادرا من ألادارة او المرفق العام في مجموعه، فتكون المسؤولية في هذه الحالة مسؤولية مباشرة وعن فعل شخصي تخضع للمادة ١٦٣ من القانون المدني .

والملاحظ هنا انه برأيه هذا ينضم الى انصار نظرية العضو في الفقه الفرنسي من حيث النتيجة التي تجعل مساءلة الشخص المعنوي عن خطأ العاملين فيه مسؤولية ذاتية ومباشرة امرا ممكنا .

ويعزز د.الطماوي رأيه بما قررته محكمة مصر الكلية الوطنية في احكامها بمسؤولية ألادارة عن وفاة شخص على أساس اهمال ألادارة في العناية بالاسلاك الكهربائية بمدها في الهواء وهي معرضة للشمس والمطر ،وكان الواجب عليها ان تمد هذه الاسلاك داخل مواسير لحفظها من العوامل الجوية و خطر سقوطها .

وفي حكم آخر قررت محكمة النقض نقض ما قررته محكمة الموضوع بعد نفيها عن وزارة المواصلات المسؤولية التبعية وفقا للمادة (١٥٢مدني قديم -١٦٣ مدني الجديد) وتطبيقها احكام المسؤولية الشخصية للدولة عن الخلل في تنظيم المرافق الحكومية ، تلك المسؤولية التي لا يعرفها القانون المدني المصري[١٧١].

ويعلق د.الطماوي على هذا الحكم مؤكدا ان منطوقه يهدف الى استبعاد مسؤولية ألادارة في كل حالة لايمكن فيها نسبة الخطأ الى موظف معين ،كما دعى الى ذلك انصار استبعاد تطبيق القواعد المدنية على قضايا مسؤولية ألادارة .وقد انتهى الى القول بان هذا التفسير لاصحة له،لان مسؤولية ألادارة عن اعمال موظفيها هي مسؤولية تبعية، اما في مثل هذه الحالة فمسؤوليتها ذاتية ومباشرة مرجعها الى خطأ ثابت في جانبها، فيكون رفض محكمة النقض المسؤولية المباشرة للادارة لا يستند الى أساس من القانون [١٧٢].

يتضح مما سبق ان د.الطماوي يقصر المسؤولية الذاتية للادارة على حالة عدم امكان معرفة الموظف الذي صدر عنه الفعل الضار دون غيرها من الحالات، و تقابلها في الفقه الاداري الفرنسي حالة (خطأ المرفق العام)،وفيها ما تؤيد الفكرة القائلة بامكان نهوض المسؤولية الذاتية للادارة عن خطئها الثابت .

---

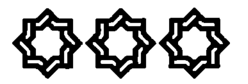
(١٧٠) د.سليمان محمد الطماوي ،القضاء الاداري ،الكتاب الثاني ،قضاء التعويض وطرق الطعن في الاحكام ،دار الفكر العربي ،١٩٧٧،ص٢٦١ص٢٦٢.

(١٧١) حكم محكمة النقض والابرام في حزيران ١٩٣٨-مشار اليه في مؤلف د.سليمان الطماوي ،ص٣١٦.

(١٧٢) المصدر السابق ،ص٣١٩.

ومن جهة أخرى غيرت محكمة النقض المصرية في احكام لها مسلكها السابق في احكام أخرى لها، واقرت المسؤولية الذاتية للادارة عن الخطأ الذي يكون مرجعه الخلل في تنظيم المرفق العام او الاهمال في الاشراف عليه، ومنها حكمها بمسؤولية ألادارة عن مرض وبائي في الاشجار المغروسة على جوانب الطرق العامة [١٧٣]، وايضا حكمها باعتبار الحكومة مسؤولة عن الاضرار التي اصابت ارضا ومباني لاحد الافراد بسبب قيامها بأنشاء ترعة دون مراعاة الاعتبارات الفنية وما ترتب عليه من حدوث رشح من الترعة اضر بالأراضي والمباني المجاورة[١٧٤].

يتضح لنا من كل ما تقدم ان المسؤولية الذاتية او المباشرة للادارة قد اصبحت مستقرة في مصر على صعيد الفقه والقضاء مع انها كانت مستبعدة في بادئ الامر ، اذ ان تطور المجتمع واتساع نشاطات ألادارة في العصر الحديث استلزم حصول تطور مواز في مجال مسؤولية ألادارة ،وقد سبق القول بان ألادارة باعتبارها شخصا معنويا يمكن ان ينسب اليها الخطأ وخصوصا بعد ان اعترف لها القانون بالشخصية القانونية وبارادة خاصة مفترضة مما تمكنها من ارتكاب الخطأ من الوجهة القانونية وان صدر عن الموظف من الوجهة المادية.ومما يؤيد هذا القول ما جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية من ان الشخص الاعتباري كما يملك وجودا افترضه القانون يملك ارادة مفترضة هي ارادة الشحص الطبيعي الذي يمثله.فالخطأ الذي يقع من ممثله بصفته هذه يعتبر بالنسبة الى الغير الذي اصابه الضرر خطأ الشخص الاعتباري،فالحكم الذي يرتب مسؤولية جهة الوقف باعتبارها شخصا معنويا عن خطأ وقع من الناظر-عملا بالمادة١٦٣ من القانون المدني لايكون مخطئا[١٧٥].وعلى ذلك فان المحاكم المصرية لم تتردد في مساءلة الشخص المعنوي مسؤولية مدنية واغلب احكامها قضت باعتبار هذه المسؤولية هي مسؤولية شخصية ومبنية على أساس الخطأ الثابت من دون ان تتعرض لخصوصية الشخص المعنوي من الناحية النظرية ومن حيث امكان تصور وقوع الخطأ من عدمه[١٧٦].



---

(١٧٣) حكم محكمة النقض في٤كانون الاول١٩٤١-مشار اليه في مؤلفد.سليمان الطماوي ،القضاء الاداري....،المصدر السابق ،ص٣٢٢.

(١٧٤) حكم محكمة النقض في ٤ تشرين الاول ١٩٤٣ ،-نقلا عن د.سليمان الطماوي ،ص٣٢٢ .

(١٧٥) حكم محكمة النقض المصرية في ١٧مارس ١٩٤٨ -نقلا عن د. سليمان مرقس ،المصدر السابق ،ص٣٩٥ .

(١٧٦) راجع يوسف نجم جبران ،المصدر السابق ،ص٤٩ص٥٠-وايضا د.سليمان مرقس ،ص ٤٠٣ ص٤٠٤ .

-المطلب الثاني-

طبيعة مسؤولية ألادارة في العراق:-

اولا -في قانون الضمانات الملغى.

لتحديد طبيعة مسؤولية ألادارة في ظل هذا القانون نجد ان المادة الخامسة منه والتي استمدت منها المادة ٢١٩ الحالية -وقد نصت على ان [١٧٧] " كل شخص استخدم في ادارته اشخاصا للقيام بخدمة عامة او اعمال اية مهمة عمرانية او تجارية او صناعية يكون مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه المستخدمون اثناء قيامهم بخدماتهم غير انه اذا ثبت قيامه بما تقتضيه المصلحة من عناية لمنع وقوع الاضرار او انه لم يكن باستطاعته منع وقوع الضرر في حالة قيامه بالعناية اللازمة لذلك فلا تترتب عليه مسؤولية. وللمستخدم حق الرجوع على الشخص الذي احدث الضرر بما سلمه من الضمان".

وعند ملاحظة نص هذه المادة نجد انها استخدمت لفظ (الشخص)وهو يشمل بما لايقبل الشك الاشخاص الطبيعية والاشخاص المعنوية على حد سواء. و الأدارة شخص معنوي عام والذين يعهد اليهم القيام بخدمة عامة هم الموظفون المستخدمون الذين تم تعينهم في الادارات العامة بقرارات ادارية، فتكون ألادارة مسؤولة عن اعمال هؤلاء العاملين وهم من الغير بالنسبة لها عند توافر شروطها وفقا لما قررته المادة الخامسة المار ذكرها [١٧٨].

فمسؤولية ألادارة بحسب ما قررته هذه المادة تكون ذات طبيعة غير مباشرة شأنها شأن مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع أي المسؤولية عن فعل الغير،ومما اكد ذلك، ما جاء في الاسباب الموجبة لقانون الضمانات من انه "بالنظر للحاجة الماسة للاخذ بمسؤولية الشخص عن اعمال غيره الموضوع تحت تصرف ادارته ورقابته، نظمت المادة الخامسة من هذه اللائحة لتأمين هذا الغرض ،وقد لوحظ حصر هذه المسؤولية

---

[١٧٧] عبد الجبار التكرلي ،مسؤولية الحكومة وموظفيها ،بحث منشور في مجلة القضاء ،العدد الخامس ،السنة الثانية أيلول، ١٩٤٣،ص٥١٤ص٥٢٦ بالاشارة الى ص٥٢٢.

[١٧٨] يرى د.ابراهيم الفياض، ان مسؤولية ألادارة لم تقرر اصلا في ظل قانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٤٣ الذي نقل عنه نص المادة ٢١٩مدني ،واعتبر الموظف مسؤولا شخصيا عن الاضرار التي تتسبب في وقوعها للغير مهما كانت اوصاف الخطأ واسبابه (انظر د.الفياض ،المصدر السابق ،ص١٣).

مع تقديرنا لرأي د.الفياض الا اننا نتفق مع ما ذهب اليه ،لان القانون رقم (٥٣)والصحيح رقم (٥٤)لسنة ١٩٤٣ قد قرر مسؤولية ألادارة باعتبارها متبوعا،اذ ان عبارة(كل شخص استخدم في ادارته اشخاصا للقيام بخدمة عامة)الواردة في المادة الخامسة جاءت بصورة مطلقة دون ان تميز بين الشخص الطبيعي والشخص المعنوي فتنصرف الى ألادارة من باب اولى لانها الشخص المعنوي الذي يختص بأداء خدمة عامة،وبالتالي تقوم مسؤوليتها التبعية عن اخطاء موظفيها المتعلقة بأداء خدماته. لذا فألادارة هنا تكون مسؤولة بخلاف الرأي الذي نحن بصدده .

باصحاب العمل الذين يستخدمون عمالا للقيام بخدمة عامة او أي عمل يتطلب اشتغال عدة اشخاص لانجاز ما يتعلق بالامور العمرانية والتجارية والصناعية ،اما الاشخاص الذين يستعينون بخدام او عمال لقضاء حاجاتهم العادية دون ان يرموا الى فكرة الاستغلال وتحصيل الارباح عن طريق تشغيلهم تشغيلا مستمرا يرومون من ورائه مغانم فلا تشملهم هذه المادة ولايعتبرون مسؤولين بموجبها عن الاضرار الحاصلة من الافراد الذين يستخدمون على هذا الوجه اذ ان حاجاتنا الحقيقية الراهنة لا تستلزم تحمل مثل هذه المسؤولية " [١٧٩].

والظاهر ان قانون الضمانات كان قد وسع من نطاق الاشخاص المسؤولين عن الغير، إذ جعل كلا من الاشخاص الطبيعية والمعنوية (العامة والخاصة)مسؤولين عن اعمال موظفيهم وتابعيهم ولم يستثن من ذلك الا الاشخاص الذين يستعينون بالغير لقضاء حاجاتهم العادية دون ان تتحقق في ذلك فكرة الاستغلال وتحصيل الارباح[١٨٠].

ثانيا –في القانون المدني النافذ –

ان مبدأ مسؤولية الشخص المعنوي [١٨١] لم يثر بشأنه أي خلاف في الفقه العراقي لان المشرع قد نص عليه صراحة في المادة ٢١٩ من القانون المدني الجديد بان " الحكومة والبلديات والمؤسسات الاخرى التي تقوم بالخدمة العامة وكل شخص يستغل احدى المؤسسات الصناعية او التجارية مسؤولون عن الضرر الذي يحدثه مستخدموهم اذا كان الضرر ناشئا عن تعد وقع منهم اثناء قيامهم بخدماتهم[١٨٢] ....".ومن هنا فقد اختلف هذا القانون عن قانون الضمانات الملغى في انه اورد عبارة (كل شخص للتعبيرعن الاشخاص المسؤولين عن الغير دون ان يغرق بتعدادهم .كما وانه اختلف عن القانون الفرنسي والمصري اذ انهما اكتفيا بالنص على مسؤولية المتبوع بصورة عامة دون ان يشيرا الى ألادارة والاشخاص العامة ألآخرى على اعتبار ان مسؤولية هؤلاء تدخل ضمن المسؤولية العامة للمتبوع.ولما كانت هذه المادة قد وردت في الباب

---

(١٧٩) الاسباب الموجبة لقانون ذيل قانون اصول المحاكمات الحقوقية ،مجلة القضاء ،العدد الرابع ،تموز ١٩٤٣ ،السنة الثالثة ص ص(٣٩١–٤٠٥)بالاشارة الى ص ٣٩٥ –وانظر ايضا ضياء شيت خطاب ،المرجع السابق،ص٥٠٦ص٥٠٧

(١٨٠) راجع عبدالجبار تكرلي،مقاله السابق ،ص٥٢٣–وكذلك عبدالرحمن خضر،الادعاء الشخصي وتطوره بعد صدور قانون رقم ٥٤ لسنة ١٩٤٣،بحث منشور في مجلة القضاء ،العدد الثاني السنة الرابعة،١٩٤٥،ص١٢٦ص١٥٩،بالاشارة الى ص١٤٤.

(١٨١) ان اول تشريع عراقي اعترف بالشخصية المعنوية هو قانون الجمعيات المشرع سنة ١٩٢٢ومن بعده قانون الاشخاص الحكمية المشرع سنة ١٩٢٩ وقانون بعض الطوائف العراقية غير المسلمة كقانون طائفة الارثودوكس المشرع سنة ١٩٣١ وهو مايزال نافذا وقانون ادارة الاوقاف المشرع سنة ١٩٢٩ ،اما القانون المدني العراقي فانه أقر فكرة الشخص المعنوي ولكنه لم يبين من هو الشخص المعنوي العام او الخاص وأنما اكتفي بتعداد هذه الاشخاص وبيان خصائصها والنتائج المترتبة عن التمتع بالشخصية المعنوية –انظر د.سعد العلوش،مبادئ في القانون العام ،مطبعة الارشاد،بغداد ١٩٧٢، ص١٤٩–د. منير الوتري ،المصدر السابق، ص١٠١.و د. شاب توما منصور ،القانون الاداري ،الكتاب الاول، طبعة الاولى،دار العراق للطبع والنشر،١٩٨٠،ص٧٤ .

(١٨٢) علي محمد ابراهيم الكرباسي،موسوعة التشريعات العقارية–القانون المدني ،بغداد ،١٩٨٤،ص٦٥ .

المخصص للمسؤولية عن فعل الغير، فيكون المشرع بذلك قد قطع كل خلاف حول طبيعة مسؤولية ألادارة في العراق اذ اعتبرها مسؤولية تبعية غير مباشرة تحكمها قواعد المدنية الخاصة بمسؤولية المتبوع عن اعمال التابع التي تطبقها المحاكم العادية عندنا على تلك القضايا، اما محكمة القضاء الاداري في مجلس شورى الدولة فانها تطبق قواعد المسؤولية الادارية بحسب الاصل فيما يتعلق بالاضرار الناتجة عن القرارات الادارية غير المشروعة الداخلة في اختصاصها، وعند عدم امكان تطبيق ذلك فتلجأ الى قواعد المسؤولية الواردة في القانون المدني(١٨٣).ولكن رغم ذلك فقد ثار تساؤل في الفقه العراقي حول طبيعة مسؤولية ألادارة وفقا للمادة ٢١٩ السابق ذكرها وما اذا كانت المسؤولية عندما يكون مرتكب الخطأ ،موظفا ذا درجة وظيفية عالية نفسها عندما يكون مرتكب الخطأ مجرد موظف عادي او عامل تنفيذ وأساس هذا التساؤل نتج عن لفظ (المستخدم (١٨٤)الذي استعان به المشرع في المادة ٢١٩مدني ،اذ اختلف الفقه حول مدلوله بين مضيّق له حسبما ورد في نظام التعين والترفيع للمستخدمين المعدل رقم -٢٢ لسنة ١٩٥٨-وبين موسع له ليشمل كل فئة من فئات العاملين في دوائر الحكومة .

فذهب د.حسن الذنون (١٨٥)الى ان مسؤولية ألادارة عن الاعمال الضارة التي يرتكبها مستخدموها وعمالها هي من قبيل مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع وتخضع للمادة ٢١٩، اما مسؤوليتها عن الأخطاء الصادرة عن ممثليها واعضائها غير المستخدمين فهي مسؤولية ذاتية ومباشرة لان الخطأ ينسب الى الشخص المعنوي مباشرة و تخضع بالتالي للمادة ٢٠٤ المتعلقة بالمسؤولية عن الاعمال الشخصية.

والواضح ان الدكتور الذنون قصر لفظ (مستخدم)على العمال وعلى فئة محددة من الموظفين ضمن الحدود الدنيا للتدرج الوظيفي ومن ثم اعتبر مسؤولية ألادارة عنهم مسؤولية تبعية وغير مباشرة أي انه اخذ بالمعنى الضيق لمدلول المستخدم.في حين اعتبر المسؤولية عن أعمال الموظفين غير المستخدمين أي الموظفين من ذوي الدرجات الوظيفية العالية من قبيل المسؤولية الذاتية والمباشرة غير انه وفي موضع آخر قلل من اهمية تلك التفرقة التي اثارها عندما قال "ان مسؤولية الحكومة عن اخطاء موظفيها في العراق وفقا للمادة٢١٩من القانون المدني لا تفرق بين هؤلاء الموظفين مهما علت درجاتهم وسمت مراكزهم، ويستوي في ذلك ان يكون الموظفون مدنين او عسكريين....".

---

(١٨٣) على محمد ابراهيم الكرباسي ،الموسوعة العدلية العدد الخامس ،مكتبة شركة التأمين الوطنية ،١٩٩٢،ص٢.

(١٨٤) جاء في قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ المعدل ان المقصود بتعبير المستخدم "كل شخص تستخدمه الحكومة في خدمة داخلة في الملاك الدائم الخاص بالمستخدمين". اما الموظف فهو "كل شخص عهدت اليه وظيفة دائمة داخلة في ملاك الدولة الخاص بالموظفين ".اما الملاك فهو "مجموع الوظائف والدرجات المعينة لها المصادق عليها بموجب قانون الميزانية او من قبل الوزير المالية"-راجع على محمد ابراهيم الكرباسي ،شرح قانون الخدمة المدنية ، بغداد،١٩٨٤،ص١٠-وايضا انظر محمد رفاعي الجوجو،النظام القانوني للتفويض الاداري ،رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون والسياسة لجامعة بغداد، ١٩٨٤،ص٣٧ص٣٨.

(١٨٥) د. حسن على ذنون ،النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، بغداد ، ١٩٤٨، ص ٣٤٤،بند ٢٨٩ .

يتضح من هذا ان دكتور الذنون حاول ان ينتهج مسلك نظرية العضو في الفقه الفرنسي بشأن التفرقة بين العضو و التابع لدى الشخص المعنوي في مجال مسؤولية الادارة في العراق لكنه قد غير رأيه حينما قال بعدم اهمية هذه التفرقة.

و يرى د. عبدالمجيد الحكيم ويؤيده في ذلك (فريد فتيان) ان وجود علاقة تبعية بين الادارة والعاملين فيها أساس مسؤوليتها عن اعمال هؤلاء بقوله"الدولة تسأل عن الاضرار التي يحدثها الاشخاص الذين يعملون لمصلحتها سواء كانوا موظفين او مستخدمين على الملاك الدائم او مستخدمين على الملاك المؤقت وسواء كانوا مدنيين اوعسكريين مادامت هناك علاقة تبعية بين الشخص و الحكومة ".ثم انه يقول في مكان اخر بعدم مسؤولية الدولة عن اعمال القضاة لأنعدام العلاقة التبعية بينهم، فلا يكون امام المضرور الا اتباع طريق الشكوى من الحكام المنصوص عليها في المادة٢٨٦ من قانون مرافعات المدنية النافذ . وبذلك يكون هذا الجانب من الفقه قد اخذ بالمعنى الواسع لمدلول المستخدم، و انه اعتبر مسؤولية الادارة ذات طبيعة غير مباشرة وعن فعل العاملين فيها من الموظفين او المستخدمين في جميع الحالات [١٨٦].

الا اننا نعتقد ان التمييز بين العضو و التابع او بين الموظف و المستخدم في مجال مسؤولية الادارة عن اعمالهم امر لايصح أعماله في القانون العراقي ،لان الاشخاص العاملين لدى الادارة وبغض النظر عن مراكزهم الوظيفية يكونون على مستوى واحد من التمثيل بالنسبة لها. ومما اكد ذلك صدور قرار مجلس قيادة الثورة بخصوص تحويل كافة العمال في دوائر الدولة الى موظفين[١٨٧] فاصبح بذلك كل العاملين في الاشخاص المعنوية العامة موظفون عموميون في الدولة، وتوجد في العراق قوانين وانظمة خاصة بالموظفين كقانون الخدمة المدنية وقانون انضباط موظفي الدولة ،وقوانين اخرى فرعية كقانون الخدمة الجامعية وقانون الخدمة في بلديات وقواعد الخدمة في المؤسسات العامة[١٨٨] كما وان قصر المسؤولية الادارية الواردة في المادة ٢١٩ مدني على فئة المستخدمين فقط يعني اهدار الحكمة التي من اجلها شرعت هذه المادة نظرا لقلة المستخدمين نسبة الى مجموع العاملين في ادارات الدولة[١٨٩] ويرى د. حسن الخطيب[١٩٠] ان نص المادة ٢١٩ مدني بعيدة كل البعد عن ان تحدد بشكل صريح وقاطع فكرة المسؤولية عن الغير ،وسبب ذلك في نظره يكمن في تأثر المشرع العراقي بالشريعة الاسلامية التي بدورها لم تقر فكرة المسؤولية عن فعل الغير، من جهة

---

(١٨٦) انظر د.عبدالمجيد الحكيم ،شرح القانون المدني –مصادر الالتزام،الجزء الاول ط ٥ ،مطبعة النديم،بغداد،١٩٧٧، ص٥٧٨.بند ٩٤٣–ص٩٤٤–فريد فتيان،بحثه الموسوم المسؤولية عن الغير ،مجلة القضاء ،العدد الرابع ،حزيران، ١٩٥٢، ص٣٥ص٦٦،بالاشارة الى ص٣٨.

(١٨٧) قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ٦٥٢ في ١٩٨١/٥/١٨ الذي ساوى المركز القانوني للعامل مع الموظف –مجلة القضاء، العدد الثاني ،السنة الثانية والاربعون،١٩٨٧،ص١٢ .

(١٨٨) د.شاب توما منصور ،المصدر السابق ،ص٧٥ .

(١٨٩) عادل احمد الطائي ،المصدر السابق ،ص١٣٥ .

(١٩٠) د.حسن الخطيب ،المصدر السابق ،ص٢١٣ص٢١٤ .

ومحاولته اقتباس ما اورده المشرع الفرنسي في المادة ١٣٨٤ من التقنين المدني من جهة أخرى.وفي ختام رأيه تمنى د.الخطيب لو تأثر المشرع العراقي كليا بالمادة ١٣٨٤ وما اقره الفقه والقضاء في فرنسا.

والمشرع العراقي عرف نوعين من المتبوعين في المادة ٢١٩ مدني، اولهما الحكومة والبلديات والمؤسسات التي تقوم بأداء خدمة عامة وكذلك المرافق التجارية والصناعية اذ يعتبر هذه المرافق من المرافق العامة في الدولة لانها وان كانت تعمل لتحقيق ربح مادي الا ان هدفها ألأساس هو تحقيق منفعة عامة ،فالربح يكون من النتائج المترتبة على صفتها التجارية والصناعية فلا يقصد تحقيقه ابتداء، والثاني هم الافراد والاشخاص المعنوية الخاصة التي تستغل مشاريع صناعية او تجارية ،ففي هذه الحالات لا يشترط انطباق وصف المؤسسة على تلك المشاريع[١٩١].

من هنا يمكننا القول ان مشرع قانون الضمانات ،وفيما يتعلق بالمادة الخامسة منه المقابلة للمادة ٢١٩ مدني الحالي-كان اكثر واقعية وتوفيقا من مشرع القانون المدني النافذ، حيث انه استعان بلفظ واحد للتعبير عن كل ماقصده من الاشخاص المتبوعين في حين ان مشرع القانون المدني اجهد نفسه في تعداد الاشخاص المسؤولين وما لاقاه من صعوبات في تحديدهم فضلا عن استخدامه الفاظا غير مستقرة في فقه القانون الاداري كلفظ(المؤسسة)[١٩٢] وكل ذلك يعد نقصا في المادة ٢١٩ مدني، ينبغي تلافيه في تشريعاتنا مستقبلا.

وعلى أي حال فان المؤسسات في الفقه الاداري هي اشخاص معنوية عامة خاضعة لاحكام القانون العام.

ونتيجة للانتقادات التي وجهت الىالمادة ٢١٩ وما اكتنفها من نقص، وبتأثير ما جاء به قانون اصلاح النظام القانوني في الفقرة الخاصة بالمسؤولية عن فعل الغير[١٩٣] وللحاجة الى صياغة جديدة للمادة ٢١٩ مع الاخذ بنظر الاعتبار الافكار الفقهية المطروحة في هذا المجال تفاديا للعيوب التي اكتنفتها و مسايرة للاوضاع الجديدة، فقد تغير مسلك المشرع العراقي عند صياغته مشروع القانون المدني الجديد لسنة ١٩٨٤، اذ نصت المادة ٤١٨-المقابلة للمادة٢١٩النافذ -على انه " يضمن المتبوع الاضرار التي يحدثها تابعه من كانت له سلطة فعلية في رقابة التابع وتوجيهه، ما دام الضرر قد وقع بسبب تأدية العمل او الوظيفة او اثنائها، وليس للمتبوع الرجوع على التابع بما

---

(١٩١) حبيب الهرمزي ،الرقابة على المؤسسات العامة في التشريع العراقي ،مطبعة الاوقاف ،بغداد،١٩٧٧،ص٢٧ .

(١٩٢) مما يجدر ذكره انه على الرغم من الخلاف القائم بين فقهاء القانون الاداري بخصوص المفهوم القانوني للمؤسسة ،الا انه يمكن القول بأنها تتكون بتوفر الشروط ألآتية :-

١-وجود مرفق عام ٢-الأعتراف لهذا المرفق بالشخصية ألمعنوية ٣- ان يكون غرض المؤسسة العامة تأدية نشاط مرفق عام متخصص او مرافق عامة متشابهة باهدافها دون ان يتخصص باقليم معين للدولة ٤-ان تدار عن طريق منظمة عامة -انظر د.محمد علي آل ياسين ،القانون ألأداري،ط١،المكتبة الحديثة للطباعة،بيروت،بلا سنة طبع،ص٦٢ص٦٤-حامد مصطفى ، المصدر السابق ،ص١١٣ .

(١٩٣) قانون اصلاح النظام القانوني ،وزارة العدل ،دار الحرية للطباعة،بغداد ،١٩٧٩،ص٣٥ .

دفعه من تعويض ما لم يكن الضرر قد نشأ عن تعمد التـابع او خطئـه الجسـيم "[١٩٤] فالملاحظ ان المشروع استعان بلفظ المتبوع للتعبير عن كل الاشخاص المسؤولين عـن الغير بما فيها مسؤولية ألادارة عن اعمال موظفيها، وهي خطوة يحمد عليها واضعـوا المشروع لأنها بالاضافة الى توسيعها من مجال الاشخاص المتبوعين، تزيل الغموض او الخلاف الذي احاط ببعض الالفاظ التي استخدمها المشرع في المادة ٢١٩ على النحـو السابق ذكره.ومما لا شك فيه ان مسؤولية ألادارة وفقا لهذه المادة تكون ذات طبيعيـة غير مباشرة طالما كانت تنطوي تحت المسؤولية العامة للمتبوع .

ونحن من خلال شرحنا هذا دخلنا في مجال القانون الخـاص مـن ناحيـة قواعـده المتعلقة بموضوع مسؤولية ألادارة ،وهذا ما يدخل في نطاق اختصاص جهـة القضـاء العادي في دول القضاء المزدوج بحسب القواعدالتي تحكم الاختصاص بهذا الصدد .

اما موقف القضاء في العراق ،فنجد ان احكامه الصـادرة بشـأن مسـؤولية ألادارة بصورة عامة تؤكد الصفة التبعية لهذه المسؤولية بتطبيقها المادة ٢١٩ مدني على هـذه القضايا، وهذا امر عادي لأن نظام القضائي في العراق وحتى وقت قريب كـان نظامـا موحدا فلم يكن امامه غير تطبيق قواعد المسؤولية المدنية ،فقد ذهبت محكمة التميـيز في حكم لها الى ان سائق السيارة التابع للمميز عليه وزير الدفاع اضافة لوظيفته قـد ادين من محكمة جنح المدائن بسبب تقصيره فانه يصبح من حـق المدعـي المتضـرر مطالبة المدعى عليه وهو المتبوع بالمبلغ الناجم عن الضرر الذي احدثه تابعـه "[١٩٥]، كما وقررت مسؤولية مصلحة الموانئ العراقية عن اعمال موظفيها ومستخدميها عـن حدوث نقيصة في اموال المسلمة اليها[١٩٦]ومسؤولية وزارة الدفاع عن الضرر النـاجم عن اصطدام الطيارة العائدة للقوة الجوية باحدى السيارات وفقا للمـادة٢١٩مدني[١٩٧]. وقررت المحكمة الادارية الزام المنشاة العامة لنقل البضـائع بتعويـض مواطـن عـن الاضرار التي اصابت سيارته نتيجة اصطدامها بسيارة المنشأة اعـلاه وبتقصـير مـن سائقها عملا باحكام المادة ٢١٩ من قانون المدني [١٩٨] .وفي مجال المسـؤولية عـن الاعمال الطبية،قضت المحكمة الادارية في كرخ بألزام وزارة الصحة بـالتعويض عـن وفاة طفل ولد حديثا بسبب تركه في غرفة مبردة دون عناية ولان الخطأ وقع من التـابع اثناء الخدمة الطبية في المستشفى[١٩٩] .

---

[١٩٤] مشروع القانون المدني الجديد ،وزارة العدل ،بغداد ،١٩٨٤،وقد الغي المشروع لاحقاً.

[١٩٥] رقم القرار ٧٧/٤٨٤٩ ادارية ٨٥/٨٤ -مجموعة الاحكام العدلية ،العدد الثاني ،سنة١٦ ،١٩٨٦ ،ص٢٩ .

[١٩٦] رقم القرار ٢٨٨/م١٩٧١/١ في ١٩٧٣/١/١٧ -ابراهيم المشاهدي،المبادئ القانونية في قضاء محكمة التميز ،مركـز البحوث القانونية ،بغداد ١٩٨٨،ص٢٦٨.

[١٩٧] مجموعة الاحكام العدلية ،العدد الثاني ،سنة ١٢، ١٩٨١،ص٢٧.

[١٩٨] رقم قـرار ٩٨/ع ج /٩٨٥-٩٨٦ في ١٩٨٧/١٢/١٠ -مجموعـة الاحكـام العدليـة ،العـدد الثـاني ،السـنة ١٦، ١٩٨٨،ص٣٢.

[١٩٩] رقم قرار ٩٨/ادارية /٨٤-٨٥ في ١٩٨٥/٤/١٤ -المرجع السابق ،ص١٧ .

والملاحظ هنا ان المحاكم الادارية في العراق كانت تطبق وبأستمرار قواعد المسؤولية المدنية وبالتحديد المادة ٢١٩ الخاصة بالمسؤولية التبعية ،ولم تكن تطبق قواعد المسؤولية الادارية على نحو المألوف في دول القضاء المزدوج.

واذا كانت المحاكم القضائية في العراق قد اعتبرت مسؤولية ألادارة ذات طبيعة غير مباشرة وعن فعل الغير،نراها في احكام أخرى قليلة لها قد اسندت المسؤولية الى مادة ٢٠٤ من القانون المدني الخاصة بالمسؤولية عن الاعمال الشخصية مع الأشارة الى المادة ٢٣١ عندما يتدخل في احداث الضرر شيئا ماديا مملوكا للادارة ، وفي هذا أشارة الى قيام مسؤولية الذاتية للادارة على أساس ان الخطأ ينسب اليها مباشرة .

ومن ذلك حكم المحكمة الادارية بمسؤولية المؤسسة العامة للسياحة عن وفاة الاشخاص الذين استأجروا دورها في المدينة السياحية، اذ كان تسممهم بالغاز المتسرب من صمامات الحمام او الطباخ نتيجة خلل في التأسيسات[٢٠٠] . كما وقررت محكمة التمييز مسؤولية المنشأة العامة لتوزيع كهرباء المحافظات عن اضرار الحريق الذي تسبب في حرق محلات المدعي نتيجة تماس الأسلاك الكهربائية بسبب الأخطاء الفنية في تصميم التأسيسات الكهربائية أستناداً لأحكام المادة ٢٣١ مدني[٢٠١].كما وقررت محكمة تمييز اقليم كردستان بصحة الحكم الذي قرر مسؤولية وزير الصناعة والطاقة للأقليم اضافة لوظيفته بتعويض المدعي (المميز عليه)بسبب اصابته بصعقة كهربائية مما أدى الى عجزه عجزا كاملا.استنادا الى المادتين٢٠٤و٢٣١من القانون المدني [٢٠٢] وقضت المحكمة ذاتها برفض الحكم بالتعويض عن الاضرار التي لحقت بدار المدعي (المميز) نتيجة تسرب المياه اليها من المجرى العائد الى مديرية البلدية لكون المضرور قد بنى داره وهو على علم تام بان المجرى يصل داخل ملكه دون ان يقاضي البلدية لتحويل مسار المجرى او اتخاذها تدابير لمنع تسرب المياه [٢٠٣] .

من كل ماتقدم يمكننا القول بأن القضاء العراقي أخذ من الناحية العملية بتطبيق فكرة المسؤولية المباشرة للادارة وان كانت وفقا للقواعد المدنية، فهذا يقرب الوضع في العراق الى الوضع السائد في فرنسا وما يستتبعه ازدواج طبيعة مسؤولية ألادارة، وفي نظرنا انه تطور ينبئ بأمكانية ازدواج قواعد المسؤولية أي نشوء قواعد ادارية الى جانب القواعد المدنية في المسؤولية سيما بعد أنشاء قضاء اداري في العراق فنأمل من القضاء الأداري الوليد ان لا يتقيد بحرفية النصوص التشريعية وأن ينتهج مسلك مجلس ألدولة الفرنسي في تحرره من قيود النصوص الجامدة حتى يتمكن من بناء أحكامه على أسس موضوعية تنتج من مجموعها قواعد و مبادئ القانون الاداري، فما أحوجنا نحن في العراق الى مثل هذه المبادئ والقواعد.

---

[٢٠٠] رقم قرار ٧٨٧ /٧٨٨ ادارية ثانية/١٩٨٨/ مجموعة الاحكام العدلية ،العدد الثاني ،١٩٨٨،ص١٢.

[٢٠١] انظر حكم محكمة التمييز المرقم ١٢٥٥ /٣٢ منقول/١٩٨٨ في ١٩٨٨/٥/٢١،المصدر السابق ،ص١٣ .

[٢٠٢] رقم قرار ١٩٧ /الهيئة المدنية /١٩٩٥ في ١٩٩٠/١٢/٢٧،غير منشور –وانظر ايضا قرارها المرقم ١٢٩/الهيئة المدنية ١٩٩٥ في ١٩٩٥/١١/٢١ غير منشور .

[٢٠٣] رقم قرار ١٢٢/هيئة مدنية ١٩٩٦ في ١٩٩٦/٤/٢٠ –غير منشور .

-الفصل الثاني-

مسؤولية ألادارة على أساس الخطأ

تمهيد وتقسيم -

ان اركان المسؤولية على أساس الخطأ هي نفسها في القانونين المدني والاداري، وهي ثلاثة-الخطأ والضرر،والرابطة السببية بين الخطأ والضرر، ومع ذلك فان اصالة القواعد الادارية تبرز في ركن الخطأ ،اذ صوره مجلس الدولة الفرنسي تصويرا مغايرا للافكار المدنية المسلم بها -كما سنستعرضها في هذا الفصل [٢٠٤].

وفكرة الخطأ كأساس للمسؤولية لم تبق كما كانت عليه في بادئ الامر ،بل تطورت مع تطور المجتمع وتغير العوامل الاقتصادية والاجتماعية والسياسية فيه . وقد استدعى هذا التطور بل وفرض تغيير القواعد التي تنظم هذه المسؤولية لتتمكن من مواكبة هذه التطورات [٢٠٥].

فالقواعد القانونية ليست مطلقة من حيث الزمان والمكان،ولا هي خالدة على مر الازمان والمجتمعات بل على العكس من ذلك فانها محددة بمجتمع معين وفي اطار زمني معين. والامثلة على هذا التطور القانوني الذي نقول به لا عدّ له ولا حصر، فكم من قاعدة اصبحت استثناء وكم استثناء ارتقى الى مرتبة الاصل واحتل مكان القاعدة.من ذلك فلا تقف القواعد القانونية في وجه التطور ولا تمنعه بل تلازمه، لان القانون كما يقول كارل ماركس (لا يلغي الشروط الموضوعية للتطور)[٢٠٦] .لذا فان قواعد المسؤولية الادارية تكون مترابطة ومتوازية في تطورها مع تطور أساس مسؤولية ألادارة وتغير النظرة اليه. والواقع ان أساس المسؤولية الخطئية للادارة يعتمد الى حد كبير على الطبيعة القانونية لهذه المسؤولية، وكما سبق القول فان طبيعة مسؤولية ألادارة يمكن ان تكون ذاتية وشخصية فيكون أساس هذه المسؤولية مرتبط بفكرة الخطأ المرفقي او خطأ المرفق العام، ويمكن ان تكون هذه المسؤولية ذات طبيعة غير مباشرة وعن فعل الغير وعندها نسمى هذه بالمسؤولية التبعية للادارة كمسؤوليتها عن الأخطاء الشخصية لموظفيها،وأساس المسؤولية هنا يكون مختلفا عن الاول،وقد قيلت فيه نظريات متعددة، ونحن لا نريد هنا بيان تفاصيل هذه النظريات ونرجئ بيانها الى المبحث الثاني من هذا الفصل.

وعليه فاننا سنقوم بتوزيع هذا الفصل على مبحثين مستقلين، نتناول في اولهما أساس المسؤولية الذاتية للادارة والذي يكون خاضعا كأصل عام لقواعد المسؤولية الادارية،اما أساس المسؤولية التبعية للادارة والذي يخضع لنوعي قواعد المسؤولية الادارية والمدنية فسيكون موضوع المبحث الثاني .

---

(٢٠٤) د.سليمان محمد الطماوي،دروس في القضاء الاداري ،المصدر السابق ،ص٤٩ .

(٢٠٥) د.محسن خليل ود.سعد العصفور ،المصدر السابق،ص٥٥٠ .

(٢٠٦) المقال الذي ترجمه الاستاذ هنري رياض ، المنشور في مجلة القضاء ،العدد الرابع لسنة ١٩٦٩،ص٧١ ،نقلا عن استاذنا د.سعدي اسماعيل البرزنجي، المرجع السابق ،ص١٤٧ص١٤٨ .

-المبحث الاول -

أساس المسؤولية الذاتية للادارة (الخطأ المرفقي)

الاصل ان أساس المسؤولية الذاتية (المباشرة)للادارة يكمن في سبب الحادث الضار وليس في الضرر فلا يكون من المقبول مبدئيا مطالبة الشخص بتعويض عن ضرر من دون ان يثبت ان سلوكه كان مخالفا للقانون.و المستقر ان من احدى الوظائف الاولية لاي نظام قانوني فسح المجال امام المضرور للحصول على التعويض اللازم لجبر الضرر والتقليل من آثاره،وهذا يستوجب مساءلة ألادارة اذا ما تسببت في الاضرا ر بالغير بعد ثبوت ارتكابها للخطأ، لأنها ستكون قد أخلت بالتزامها القانوني في عدم الاضرار بالغير(٢٠٧) وعلى هذه الفكرة استندت المادة١٣٨٢من القانون المدني الفرنسي،والمادة ١٦٣ من القانون المدني المصري، والمادة ٢٠٤ من القانون المدني العراقي التي تؤكد المسؤولية الشخصية عن الفعل الضار(٢٠٨)، و لكن القانون الاداري لا يتضمن مثل هذه النصوص، فلجأ القضاء الاداري الفرنسي في بادئ الامر الى تقرير مسؤولية الادارة عن خطئها المباشر من دون الاستناد الى احكام المادة ١٣٨٢ من التقنين المدني، وبمعنى آخر لم يطبق القضاء الاداري القاعدة الموجودة في هذه المادة باعتبارها نصا قانونيا، وانما باعتبارها مبدءا من مبادئ القانون الطبيعي(٢٠٩)وتبين ذلك بوضوح في الحكم الصادر عن محكمة التنازع الفرنسية في قضية Blanco الشهيرة وذلك عندما قال "وحيث ان المسؤولية التي تقع على عاتق الدولة عن الاضرار المسببة للافراد من قبل الاشخاص الذين تستخدمهم في المرافق العامة لايمكن ان تخضع للمبادئ المقررة في القانون المدني......"(٢١٠)، ولما كانت المسؤولية بوجه عام تقوم على اركان ثلاثة هي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، الا ان الخطأ بمفهومه المعروف في القانون المدني لا يكون ملائما لكي تبنى عليه المسؤولية المباشرة للادارة لسبب بسيط وهو ان هذا القانون يشترط عنصر الادراك في الخطأ المرتكب وهذا يكون غير منسجم مع طبيعة ألادارة كشخص معنوي عام ،فكان لابد للقضاء الاداري من اعتماد خطأ آخر ينسجم مع هذا الوضع، فوجد مجلس الدولة الفرنسي ضالته في نظرية الخطأ المرفقي التي اعتبرت

---

(٢٠٧) Jillinda tiley-Suzanna bailey,business law,long man exem guides,the bath pressavon, London,1986,P21.

(٢٠٨) تنص المادة ١٣٨٢ مدني فرنسي "كل فعل لشخص ايا كان الذي يسبب ضررا للغير يلزم بالتعويض هذا الذي احدثه بخطئه ".وتنص المادة ١٦٣ مدني مصري على ان "كل خطأ سبب ضررا للغير ،يلزم من ارتكبه بالتعويض " اما المادة ٢٠٤ مدني عراقي فتقول "كل تعد يصيب الغير بضرر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض " فالمواد السابقة لهذه المادة تتضمن الاحكام الخاصة بالاتلاف والغصب والايذاء .

(٢٠٩) انظر د.عدنان العجلاني ،المصدر السابق ،ص٣٥٠ .

(٢١٠) مشا راليه في مؤلف د.ماهر صالح الجبوري ،القانون الاداري ،جامعة الموصل ،١٩٨٩ ،ص٣٢ .

نظرية القانون العام وحجـــر الأســـاس للمســـؤولية الادارية لـــدى القضـــاء الاداري الفرنسي[٢١١] وعلى هذا الأساس فاننا سنتناول في المطلب الاول من هذا المبحث دراسة الخطأ المرفقي وتمييزه عن الخطأ الشخصي، كما سندرس حالات تقرير المسؤولية عـــن الخطأ المرفقي ودرجاته في المطلب الثاني،ونكرس المطلب الثـــالث والاخـــير لدراســـة العلاقة بين الخطئين الشخصي والمرفقي ومسؤولية الادارة .

-المطلب الاول-

تحديد مفهوم الخطأ المرفقي وتمييزه عن الخطأ الشخصي :-

من المستقر ان للخطأ المرفقي[٢١٢] مفهوما مرنا اذ لايرتكز على نصوص تشريعية جامدة ولا يقيد نفسه في اطار محدد يعجزه من مواجهة مختلف الحالات التي تبرز فـــي العمل الاداري، ومقتضاه ان الخطأ ينسب الى المرفق العام مباشرة وان كان القائم بـــه ماديا هو الموظف ، فيعتبر المرفق ذاته هو الذي تسبب في الضرر لانه لم يؤد الخدمـــة العامة وفقا للقواعد التي تحكمه سواء كانت هذه القواعد من وضـــع المشـــرع او مـــن وضع المرفق نفسه او يقتضيها السير العادي للامور فتسأل الادارة وحدها مســـؤولية مباشرة عن تلك ألأخطاء لان قواعد العدالة تستلزم فى هذه الحالة التعويض عـــن مثـــل هذه الأخطاء التى لا يسأل عنها موظفوا ألادارة وان صدر الخطأ في حقيقة الامر عنهم.

والخطأ المرفقي اما ان يكون من الممكن نسبته الى موظف معين تثبت شـخصيته او يتعذر معرفة مرتكبه فينسب الى ذات المرفق العام بأعتبار ان المرفق في مجمله لم يـؤد الخدمة بصورة حسنة، فمسؤولية المرفق في مثل هذه الحالة لا تقوم على أساس الضرر الذي اصاب احد الافراد وانما يرجع الى وجود خطأ ارتكبه المرفق وكان الســـبب فـــي احداث الضرر،وكل ما يميزه هنا انه لايمكن نسبته الى موظف معين من الوجهة المادية و اعتاد مجلس الدولة الفرنسي على ان يطلق على هذا النوع من الخطأ اصطلاح(خطـــأ المرفق العام Faute de service public) ويطلق على الحالة التي يكون فيـــها الموظـــف

---

[٢١١] Andre de laubadere,op. cit.P. 702.No. 1224 .

[٢١٢] يرجع اصل هذا الاصطلاح في فقه القانون الاداري الى مفوضي الحكومة امام مجلس الدولة الفرنسي في مذكراتهم المتعلقة بقضايا المسؤولية، وبالاخص المفوض Romieu في مذكرته بمناسبة حكم مجلس الدولة في قضية Cames سنة ١٨٩٥، والمفوض Teissier ومذكرته المقدمة لمجلس الدولة عن حكمه الصادر في ١٩٠٣ في قضية L ebrre، وتبنى المجلس هذا الاصطلاح نهائيا اعتبارا من سنة ١٩٠٤ . هذا وقد يستخدم لفظ الخطأ المصلحي او خطأ الخدمة او الخطأ الاداري او الخطـــأ الوظيفي من قبل فقهاء القانون الاداري للدلالة عن نفس المعنى راجع في ذلك - د. سليمان محمـــد الطمـــاوي ،القضـــاء الاداري ...،المصدر السابق ، ص٨٣٣-ايضا د. سعاد الشرقاوي ،الوجيز في القضاء الاداري، الجـــزء الاول،دار النهضـــة العربية ،١٩٨١،ص١١٦.

مرتكب الخطأ معروفا ،وعلى الخطأ الذي يشمل النوعين معا اصطلاح(الخطأ المرفقي) Faute de service [٢١٣].

وبهذا الصدد فقد عرف الفقيه اندري دي لوبادير[٢١٤] الخطأ المرفقي بانه كل ما لا يعتبر خطأ شخصيا و يلاحظ عليه بانه تعريف غير دقيق اذ ما المقصود بالخطأ الشخصي و ما هو الحد الفاصل بين ما يعتبر خطئا شخصيا وما لايعتبر كذلك.

و يعرفه Rivero بانه "عيب في اشتغال المرفق يقع فيه واحد او مجموعة من الموظفين دون ان يكونوا مسؤولين شخصيا عنه ولأن الأخطاء لا يرتكبها الا الشخص الطبيعي" [٢١٥].

كما ويعرف الفقيه Vedel هذا الخطأ بانه "الاخلال بالالتزام في اداء الخدمة " و ليس في الامكان تعداد جميع الأخطاء المرفقية الا بعد معرفة كافة الخدمات التي تقدمها المرافق العامة والخطأ من الممكن ان يكون عملا ايجابيا ، كما يكون امتناعا عن عمل، ويمكن ان يكون فعلا عمديا او نابعا عن اهمال ورعونة ،ويمكن ان يصيب الخطأ قرار اداري كما يشمل عملا ماديا ،او ان يكون الخطأ عيبا في تنظيم المرفق او خللا في سير العمل فيه، هذا الخطأ يمكن ان نجد مصدره في عدم المشروعية بالمعنى الدقيق لهذا اللفظ، كما يمكن ان نجد مصدره في تصرف لايمكن وصفه بالغير المشروع بالمعنى الضيق لعدم المشروعية - مثال ذلك عدم كفاءة الموظف في عمل ما او الامتناع عن عمل ما في حالات لايكون فيها العمل الايجابي ضروريا مما يثبت مسؤولية ألادارة عنها[٢١٦].

والملاحظ على هذا التعريف انه اقرب ما يكون الى تصنيف الخطأ منه الى تعريفه، فضلا عن انه لم يحدد نوع الالتزام ، هل هو التزام بتحقيق غاية ام ببذل عناية .

ولكننا نعتقد انه لو كان هناك التزام على عاتق المرافق العامة في الدولة فهو التزام ببذل عناية وليس التزاما بتحقيق غاية ، اذ ان الافراد لايحق لهم مطالبة المرافق العامة بتادية خدماتها بصورة نموذجية، وانما من حقهم ان لا يتضرروا بسبب اعمال تلك المرافق[٢١٧]، و من جهة أخرى فان الخطأ يمكن ان ينسب الى المرفق ذاته،من دون امكان تحديد مصدر الفعل الضار الذي كان سببا لقيام مسؤوليته عنه، او كما يقول العميد بونار تعليقا على احد احكام مجلس الدولة "ان كل موظف قد أدى واجبه بدون

---

[٢١٣] أنظر د. محمد فؤاد مهنا ،المسؤولية الادارية في تشريعات البلاد العربية ،المصدر السابق ،ص١٧٧،د.منصور ابراهيم العتوم،المسؤولية التأديبية للموظف العام،ط١، ١٩٨٤ ،ص٢٠ .

[٢١٤] Andre de laubader, op.cit.P. 707 .No. 1230

[٢١٥] Rivero, precis de droit administratif, Dalloz-Paris, 1965,No. 275,P.240

نقلا عن د. سليمان محمد الطماوي ،دروس في القضاء الاداري ،المصدر السابق،ص١٣٥ .

[٢١٦] Vedel, droit administratif, -3ed- themis-Paris, 1964.P.267 .

مشار اليه في مؤلف د.ابراهيم طه الفياض ،المصدر السابق ،ص٢٢٥ .

[٢١٧] انظر بهذا الصدد -د.عبد المجيد الحكيم ،المصدر السابق ،ص٢٠ -عبدالمنعم فرج الصدة ،المصدر السابق ،ص٢٣ .

تقصير و بدون حماس شديد، ومع ذلك فقد وقع الضرر.....ان المرفق نفسه هو الـــذي أخطأ فهو المسؤول، لانه كان منظما على نحو سئ، لايمكن تحديده على وجه الدقـــة". ويسري هذا على كل حالة يكون فيها الخطأ مجهولا (٢١٨).

ومهما تكن حقيقة الخطأ المرفقي ،فانه يصدر في كل الاحوال عن الموظفين العاملين لدى المرفق ، سواء اكان الموظف معروفا او مجهولا وتتحمل ألادارة نتائجه الضارة .

وقد يثور التساؤل عن سبب عدم مسؤولية الموظفين عن أخطائهم المرفقية، وبعبارة أخرى هل يكون عدم مسؤولية الموظفين عن اخطائهم المرفقيـــة راجعـــا الـــى وجـــود نصوص قانونية جامدة تقرر ذلك ،او انه نابع من ضرورات عملية و متطلبات السياســة الادارية السليمة في ضمان دوام سير المرافق العامة بانتظام و اضطراد.

يرد الاستاذ Chapus على ذلك بالقول " في الحالة هـــذه قـــرر مجلـــس الدولـــة الفرنسي عدم مسؤولية الموظفين، وان المتضرر لا يستطيع مقاضـــاة الموظـــف عـــن الأخطاء المرفقية ".

ويترتب على عدم مسؤولية الموظفين عن اخطائهم المرفقية ما يلي:-

١- عندما يقاضي المضرور الموظف عن اخطائه المرفقية امام المحاكم العاديـــة، يصبح لزاما على هذه المحاكم رد الدعوى لعدم الاختصاص بـــالفصل فيـــها ، امـــا اذا اصرت المحكمة في نظر الدعوى والحكـــم فيـــها علـــى الرغـــم مـــن قـــرار محكمـــة التنازع،فيكون بأمكان الموظف مطالبة ألادارة التي يتبعها بدفع التعويض المقرر كليـــا او جزئيا و تحمله هو الجزء المتبقي وفقا لمقدار مساهمة خطا كـــل منـــهما فـــي احـــداث الضرر(٢١٩).

٢- لايحق للادراة تقرير مديونية الموظف الذي يتبعها بعد دفعها التعويض المحكوم به عن الخطأ المرفقي بقرار اداري تصدره بهذا الصـــدد لان قضـــاء مجلـــس الدولـــة الفرنسي مستقر على عدم مسؤولية الموظفين عن اخطائهم المرفقية، ومن ثـــم يمتنـــع عليها الرجوع على الموظف بما دفعته عنه من تعويض الا استثناء و عند وجود نص قانوني صريح بشأن ذلك(٢٢٠)، لذا فقد استنتج الاستاذ Chapus ومن خلال احكام عديدة لمجلس الدولة الفرنسي ان عدم مسؤولية الموظف عن اخطائه المرفقية لا يرجع الـــى نص قانوني وانما الى اسباب عملية تتعلق بالسياسة الاداريـــة الهادفـــة الـــى حمايـــة الموظفين والعمل على عدم تثبيط هممهم ونشاطهم بسبب الخـــوف مـــن الوقـــوع فـــي المسؤولية (٢٢١) .

ويقول الفقيه Hauriou بصدد المسؤولية الناشئة عن الخطأ المرفقي الذي لا يمكـــن فصله عن واجبات الوظيفية انه "من العدل ان تتحمل ألادارة لوحدها مســـؤولية الخطـــأ

---

(٢١٨) د.سليمان الطماوي ،القضاء الاداري الكتاب الثاني-قضاء التعويض وطرق الطعن في الاحكام،المصدر السابق،ص١٣٥.

(٢١٩) Rene Chapus, op .cit. P.223,No. 208 .

(٢٢٠) Ibidem, P.224,No. 208 .

(٢٢١) Ibidem, P. 225 . No . 209

المرفقي ،لان القاء عبء هذا الخطأ على عاتق الموظف سيؤدي الى تهيب الاقدام على كل مامن شأنه ان يؤدي الى مسؤوليته ، او الى احتمال مسؤوليته وسيؤدي بـالادارة كلها الى ان ترتمي في احضان روتين بغيض "[٢٢٢].

وهنا يجب عدم ارجاع عدم مسؤولية الموظف عن الاخطاء المرفقية الى اسباب نظرية كتلك التي اعتمدتها انصار نظرية العضو في الفقه الفرنسي وما ترتب عنها من اعتبار الموظف وسيلة عمل او اداة معدة و مرتبطة بالاعضاء الاخرى في الجهاز الاداري [٢٢٣].

وينتقد الاستاذ Chapus في موضع اخر فكرة الخطأ التي لا يمكن نسبتها الى موظف معين، ولكن في هذه الحالة فأن الغير يكون هو المسؤول وليس المرفق المنسوب اليه الخطأ ،لأنه و بأستثناء المؤسسات العامة (المرافق العامة المتمتعة بالشخصية المعنوية) فأن المسؤولية لا تقع على المرفق ذاته وانما تتحملها الهيئة العامة التي يتبعها المرفق لانها تملك الاهلية الكاملة في اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ، وقد استخلص شابي هذا الرأى من خلال الاحكام القضائية التى لم تحظ باهتمام الفقهاء[٢٢٤].
ويمكن القول ان مدلول الخطأ المرفقي يوحي بان ألادارة ليست معصومة من الخطأ و انها تكون مسؤولة اذا ما ارتكبت ما يستوجب المؤاخذة ، كما وتبين هذه التسمية ان مسؤولية ألادارة يجب ان ترتبط بنشاطها ، وانها تكون ذاتية ومباشرة فقد حدد فقه مجلس الدولة منذ القدم مثل هذا الخطأ الذي يقوم على التنظيم الرديء او الاداء المعيب للخدمة فهذه المفاهيم قد قررت بجلاء ما ينبغي ان يكون عليه النشاط الاداري ومقتضيات الخدمة المدنية المعاصرة ، وقد اعطى الاجتهاد الفرنسي لهذا النموذج من الخطأ الاداري هذه التسمية ،رغم انها مجازية مرسلة لكنها تعبير اصيل [٢٢٥] .

ومما لا يخفي ان المشرع الفرنسي قد تدخل في حالات عديدة لتقرير عدم مسؤولية الموظفين عن اخطائهم المرفقية مقابل مسؤولية ألادارة عنها .فقانون التوظف الفرنسي لسنة ١٩٤٦ وسنة١٩٥٩ اقر حماية الموظف من المسؤولية المالية عن اخطائهم المرفقية ومن مقاضاتهم امام المحاكم القضائية بألزام جهة الادارة بدفع التعويض عن الموظف عند قيام مسؤوليته عن الخطأ الوظيفي [٢٢٦] .

و يعتبر البعض من الفقه المصري ان الخطأ المرفقي هو خطأ موضوعي يرجع في تقديره لقانون المرفق ونظام العمل المتبع فيه و درجة العناية التي يلتزم بها المرفق ، فلا يعتبر الفعل او الامتناع خطئا يسأل عنه المرفق الا اذا كان مخالفا للقانون و نظام المرفق [٢٢٧]ومهما يكن من امر فان الفقهاء الفرنسين قد وضعوا معايير لتعريف

---

[٢٢٢] اشير الى هذا الرأي في مؤلف د.سليمان الطماوي ،القضاء الاداري ....، المصدر السابق،ص٣١٤ .

[٢٢٣] راجع في هذا ص،ص من هذه الرسالة .

[٢٢٤] Rene Chapus, op.cit, P. 202 -204 .

[٢٢٥] Andre,de Laubadere,op. cit,P.707, No. 1230 .

[٢٢٦] Chapus p.226, No.209 .

[٢٢٧] في هذه المعنى انظر د. محمد فؤاد مهنا ،المسؤولية الادارية في تشريعات البلاد العربية ،المصدر السابق ،ص١٦٠ .

الخطأ المرفقي استنادا الى القاعدة التي انشاها مجلس الدولة الفرنسي والتي تفرق في مجال المسؤولية الادارية بين الخطأ المرفقي و الخطأ الشخصي[٢٢٨]، الذي ينسب الى الموظف ويتحقق مسؤولية الشخصية عنه اي يدفع التعويض من ماله الخاص ، وينعقد الاختصاص بنظر دعوى المسؤولية الناشئة عن خطا الشخصي لجهة القضاء العادي . وتأتي اهمية التمييز بين نوعي الخطأ اضافة لدوره في تعريف الخطأ المرفقي، في تحديده لشخص المسؤول ازاء المضرور من اعمال ألادارة وفي تقسيم العبء النهائي للتعويض بين الموظف وألادارة عند اشتراك خطئهما في احداث الضرر .وتنفع ايضا في توزيع الاختصاص بين جهتي القضاء العادي والاداري في دول ذات النظام القضائي المزدوج[٢٢٩] .

ولما كان الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي يصدران عن الموظف، الامر الذي يجعل من غير الممكن الاعتماد على شخص مرتكبه بشان التفرقة بينهما [٢٣٠].

ولعدم وجود نص قانونى سواء في فرنسا او في مصر [٢٣١] ،ليتولى تحديد ما يعتبر من قبيل الاخطاء الشخصية او الاخطاء المرفقية ،فقد تعين الرجوع في ذلك الى اراء الفقهاء واحكام القضاء الاداري [٢٣٢]. وفي هذا ذهبت محكمة النقض المصرية ،في حكم لها الى انه وان كان لجهة ألادارة حرية ادارة المرافق العامة ومن بينها مرفق الامن – وحق تنظيمها والاشراف عليها الا ان ذلك لا يمنع القضاء على ما جرى به قضاء محكمة النقض من حق التدخل لتقرير مسؤولية ألادارة عن الضرر الذي يصيب الغير متى كان ذلك راجعا الى اهمالها او تقصيرها في تنظيم المرفق العام او الاشراف عليه – والمحكمة وهي بسبيل تحقيق الخطأ المنسوب الى جهة ألادارة غير ملزمة ببيان وسيلة تلافيه اذ ان ذلك من شأن جهة ألادارة وحدها عملا بمبدأ الفصل بين السلطات[٢٣٣] .

والملاحظ هنا ان محكمة النقض قد اشارت صراحة الى الخطأ المرفقي دون تحديده، ويعد هذا الحكم من الاحكام القليلة او النادرة للقضاء العادي المصرى الذي تبنى مبدأ

---

[٢٢٨] يقابل الخطأ الشخصي في الفقه والقضاء المدني الخطأ العمد والخطأ الجسيم .انظر د.محمد ابراهيم الدسوقي ،تقدير التعويض بين الخطأ والضرر،مؤسسة الثقافة الجامعية ،اسكندرية،بلا سنة طبع ،ص٥٠٥ .

[٢٢٩] Andre, de laubadere,P.708,No.1231 .

[٢٣٠] د.محمد فؤاد مهنا،حقوق الافراد ازاء المرافق العامة ،المصدر السابق ،ص٣٩٤.

[٢٣١] لابد من القول بان اول تشريع مصري اقر فكرة التميز بين نوعي الخطأ الشخصي والمرفقي كان قانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤ اذ نص في المادة ٥٨ منه بان "لا يسال العامل مدنيا الا عن الخطأ الشخصي " وقد كرر المشرع المادة نفسها في قانون العاملين المدنيين الحالي رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١ في المادة ٥٥ منه وهذا بلا شك يعد تطورا الى الامام في مجال قواعد المسؤولية الادارية في مصر –راجع د. محمود عاطف البنا ،المصدر السابق ،ص١٩١– د. سليمان الطماوي،القضاء الاداري –قضاء التعويض –المصدر السابق،ص٤١٧ .

[٢٣٢] انظر د.محمد الشافعي ،المصدر السابق ، ص٣٢٧ ،و د. عبدالرحمن نورجان ،المصدر السابق ،ص١٥٨ و د.حسين علمر و عبد الرحيم عامر ،المصدر السابق ، ص٦٦٠.

[٢٣٣] أنظر حسن الفكهاني ،موسوعة الفقه والقضاء للدول العربية ،الجزء السادس ،مجلد الخامس عشر،ص٤٧ .

التمييز بين نوعي الخطأ،كما ان الاجتهاد الاداري المختص بالتمييز بين الخطأ الشخصي و الخطأ المرفقي هو تجريبي و متنوع وغير مستقر ،الا انه مكن من رسم الخطوط العامة التي افرزت معطيات ساعدت الفقه في اتخاذ موقف من الخطأ الشخصي، فيكون بالامكان اعتبار أخطاء شخصية بأنها الاخطاء التي يرتكبها الموظف خارج نطاق ممارسة وظيفته سواء كانت في حياته الشخصية المحضة او على هامش ممارسة وظيفته من جهة، والاخطاء التي يرتكبها داخل نطاق وظيفته الا انها غير مرتبطة بوظيفته بسبب طبيعتها المتصفة بالعمد وسوء النية او لجسامتها من جهة أخرى[٢٣٤].
و بما ان جسامة الخطأ صفة ذاتية متعلقة به ، فان امر تحديدها لا يخلو من مصاعب، كما وان القضاء قد نظر الىَ الجسيم من الاخطاء الفنية على أساس انها اخطاء مرفقية تسال عنها ألادارة ،لذا يكون امر تحديد الخطأ الشخصي وفقا لهذه الاوصاف غير متصف بالدقة[٢٣٥].وتطبيقا لذلك فقد قرر مجلس الدولة الفرنسي مسؤولية ادارة المستشفى عن خطا الطبيب الذي ترك بعضا من ادوات الجراحة في جسم المريض بعد نهاية العملية مما سبب اضرارا بليغة و ذلك بأعتباره خطأ جسيما تسال عنه ألادارة مسؤولية مباشرة[٢٣٦] .

و هنا تعددت المعايير الفقهية في التمييز بين الخطأ المرفقي والخطأ الشخصي منها:

اولا -معيار (النزوات الشخصية) -

نادى بهذا المعيار الاستاذ *Laferrier*، ويعد اول معيار اقترح في هذا المجال ويقوم بالتمييز بين نوعي الخطأ اعتمادا على نية الموظف المنسوب اليه الخطأ فالخطأ يعتبر شخصيا اذا كان العمل الضار مطبوعا بطابع شخصي يدل على ضعف الموظف ونزواته وعدم تبصره أي انه اذا ما كشف عن الميل وعدم الحرص وسوء النية لدى الموظف اعتبر خطئه شخصيا فتقوم مسؤوليته الشخصية ازائه [٢٣٧].

اما اذا لم يكن الفعل الضار للموظف مطبوعا بطابع شخصي، اي لم يكن الموظف مدفوعا نتيجة نزوة او شهوة او سوء نية ، و كان ذلك ينبئ عن موظف عرضة للخطا والصواب فيكون الخطأ مرفقيا وتحقق مسؤولية ألادارة عنه .

ومن احكام مجلس الدولة الفرنسي التي اعتمدت هذا المعيار، حكمه الصادر في قضية (la Glaoec) الذي قضى بان حجز عامل التلغراف البرقيات والخطابات الواردة لاحد المقاولين اضرارا به ولصالح مقاول آخر هو خطا شخصي وتقوم مسؤولية الموظف عنه[٢٣٨].

---

[٢٣٤] Andre, de laubadere, op. cit P.684, No.1193 .

[٢٣٥] Ibidem. P.685,No. 1193 .

[٢٣٦] قضاء مجلس الدولة ١٢حزيران ١٩٥٢،سيريه القضائية ،١٩٥٣—جازيت باليه،نقلا عن د.محمد الشيخ عمر،المصدر السابق، ص٢٥٥ .

[٢٣٧] د. سليمان الطماوي ،القضاء الاداري،المصدر السابق، ص١٢٠ .وانظر ايضا د. منصور العتوم ،المصدر السابق،ص٢١.

[٢٣٨] حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٧ تموز ١٩٢٢– مجموعة سيري ،١٩٢٢ ص٢٣،نقلا عن د. محمود حلمي ،القضاء الاداري،ط٢ ،دار الفكر العربي ،١٩٧٧،ص٣٢٣ .

هذا وقد اخذت المحكمة الادارية العليا في مصر بهذا المعيار في حكم لها صادر سنة ١٩٧٩ ينص على انه "اذا كان العمل الضار غير مصطبغ بطابع شخصي وينم عن موظف معرض للخطا والصواب فان الخطأ في هذه الحالة يكون مصلحيا ، فالعبرة بالقصد الذي ينطوي عليه الموظف وهو يؤدي واجبات وظيفته، فكلما قصد النكاية والاضرار او اراد منفعة ذاتية كان خطؤه شخصيا يتحمل هو نتائجه"[٢٣٩] .

والملاحظ على هذا المعيار انه معيار شخصي subjectif، لأنه يعتمد نية الموظف في تأدية واجبات وظيفته، فيعد الخطأ شخصيا اذا كانت نية الموظف هي الفائدة الشخصية المحضة مما يستوجب البحث وراء هذه النية للتفرقة بين نوعي الخطأ وما ينطوي ذلك على صعوبات لان النية شئ كامن في النفس ومن التعسير معرفتها بصورة دقيقة[٢٤٠]. ومن جانب آخر ينتقد هذا المعيار لانه لم يجعل من الخطأ الجسيم faute laurde خطئا شخصيا مهما كانت درجة جسامته ما لم يثبت سؤ نية مرتكبه ، وهذا ما يخالف مذهب مجلس الدولة الفرنسي من اعتباره الخطأ الجسيم في جميع الحالات خطئا شخصيا بغض النظر عن نية مرتكبه[٢٤١].

ثانيا -معيار (جسامة الخطأ)-

قدم هذا المعيار عدد من الفقهاء يتزعمهم الفقية جيز Jeze فهو يعتمد جسامة الخطأ في تمييز الخطأ المرفقي عن الخطأ الشخصي ، فيعتبر الموظف مرتكبا لخطا شخصي عندما يكون الخطأ جسيما او ان يصل من الجسامة حدا لايمكن معه اعتباره من الاخطاء العادية التي يقع فيها الموظف وهو يؤدي واجبات وظيفته، كأن تصل جسامة الخطأ الى حد ارتكاب جريمة جنائية تقع تحت طائلة قانون العقوبات ويدخل في نطاق الخطأ الجسيم بمفهوم هذا المعيار أساءة الموظف تقدير الوقائع او تفسير القانون، ويعتبرالخطأ مرفقيا اذا كان الخطأ من المخاطر العادية التي يتعرض لها الموظف عند قيامه بانجاز اعماله الادارية[٢٤٢] وللخطا الجسيم حالات ثلاثة يمكن استخلاصها من احكام مجلس الدولة الفرنسي، وهذه الحالات هي كالاتي:-

---

(٢٣٩) حكم محكمة ادارية العليا في ٦ تموز ١٩٥٩ ،قضية رقم ٩٢٨ ،لسنة ٤ق ،-المصدر السابق ،ص٣٢٤ - هذا و يعرف الاجتهاد اللبناني الخطأ المرفقي بانه ذلك الذي يكون متجردا من كافة الدوافع والاهواء الشخصية ، اما الخطأ الشخصي ، فهو ذاك الذي يكون مستوحى من دوافع تتناقض مع الوظيفة والتي تنجم عن عمل في الخدمة لا يصدر عن موظف يعمل لصالح ألادارة ،بل تظهر انسانا خاضعا لضعفه واهوائه.

مما لا شك فيه ان هذا الاجتهاد قد اعتمد معيار لا فيرير في تعريفه لنوعي الخطأ المرفقي والشخصي.انظرحكم مجلس الشوري اللبناني رقم ٤٥٥ في ٢٥ حزيران ١٩٥٧ المجلة الادارية ،ص١٧٣ -دطلال المهتار ،المصدر السابق،ص٥٢

(٢٤٠) د.محمد ابراهيم الدسوقي المصدر السابق ،ص٥٠٤ .

(٢٤١) أنظر د.محسن خليل القضاء الاداري اللبناني ، دار النهضة العربية،١٩٨٢،ص٥٧٠،ود.محمد الشافعي ابو رأس،المصدر السابق ،ص٣٣٠

(٢٤٢) د.عبدالرحمن نورجان،المصدر السابق،ص١٥٩،-د.محمود عاطف البنا،القضاء الاداري،دارالفكر العربي،القاهرة،١٩٧٨،ص١٨٦.

١- عندما يرتكب الموظف العام خطئا ماديا فاحشا -كما لو تــهور احــد الرؤســاء واتهم مرؤوسه بالسرقة دون مبرر، او خطأ طبيب ينتج عنه وفاة المريض ،والاهمــال في حماية حياة شخص مهدد بالاغتيال[٢٤٣].

٢- عندما يقترف الموظف العام خطئا قانونيا فادحا ويتجسد ذلك في صورة تجــاوز سلطاته المشروعة كما لو امر موظف بهدم حائط يملكه احد الاشخاص بــدون مســوغ قانوني او اقدام عناصر من الشرطة القضائية بأســتعمال العنــف لــدى احضــار احــد المتهمين.

٣- عندما يخطئ الموظف العام بصورة غير عادية بحيث يشكل جريمـــة جنائيــة، سواء اقتصرت الجريمة فيما بين الموظفين (كافشاء اسرار الوظيفة او الرشوة) او مــا كانت تعتبر من الجرائم العامة (كالضرب والشتم والسرقة والقتل ....)[٢٤٤].

وقد انتقد هذا المعيار لعجزه عن تفسير ما جرى عليه القضاء فــي اعتبــار بعــض اخطاء الموظفين اخطاء شخصية رغم عدم جسامتها واعتباره لأخرى اخطاء مرفقيــة مع اتصافها بالجسامة.وليس بخاف ان تقدير جسامة الخطأ هو امر متروك للقاضي الذي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة،و ان المتبع لدى مجلس الدولة الفرنسي هو التضييق مــن نطاق الخطأ الجسيم باشتراطه درجة استثنائية من الجسامة في الخطأ لكي يعتبر خطــأ شخصيا لحماية الموظف من تحمل عبء المســؤولية .كمــا ان الجريمــة الجنائيــة للموظف لم تعد تعتبر نموذجا دائما للخطأ الشخصي مثلما اعتبره هذا المعيار، حيث كــان السائد في السابق تلازم الخطأ الشخصي والخطأ الجنائي، ولكــن وجهة النظر هــــذه قد اهملت نهائيا من قبل القضاء الاداري الفرنســـي منــذ حكمــه الشــهير فـــي قضيــةThe Pazسنة١٩٣٥[٢٤٥]، والذي فصل بين مفهومي الخطأ الشخصي و الخطــأ الجنائي، و من ثم اصبح ممكنا اعتبار الخطأ الجنائي خطئا مرفقيا بتحقق اوصاف هــذا الخطأ،فتتحمل ألادارة وزره[٢٤٦]. يضاف الى ذلك ان فكرة الخطأ الجسيم هــي الاخــرى محل نظر لعدم وجود حدود فاصلة بينه وبين الخطأ العادي او البسيط [٢٤٧]،كما وينتقــد الاستاذ Chapus [٢٤٨] هذا المعيار عندما يعتبر الخطأ الجسيم خطئا شــخصيا ،ويعيــب تعريفه للخطا الجسيم (الخطأ الذي لا يرتكبه موظف متوسط)بأنه يحتاج الى تحديــد و ذلك بتشخيص من هو هذا الموظف المتوسط الكفاءة قبل الخوض فــي انــه لا يرتكــب

---

[٢٤٣] د. سليمان الطماوي ،القضاء الاداري .....، المصدر السابق ،ص١٢٦ .

[٢٤٤] انظر د.ماجد راغب الحلو ،القضاء الاداري،دار المطبوعات الجامعية،اسكندرية ،١٩٨٥،ص٤٧٨د .طلال المهنار ،المصــدر السابق،ص٥٣.

[٢٤٥] و تتلخص وقائع هذه القضية في ان سائقا لسيارة عسكرية ارتكب جريمة قتل نتيجة لدهسه احد الافــراد بينمــا كــان سيارته تسير ضمن قافلة سيارات عسكرية ،فانه بالرغم من ان هذا الخطأ يشكل جريمة جنائية فقد اعتبر خطئا مرفقيا تتحمــل ألادارة عبء التعويض عنه -د. سليمان الطماوي ،ص٢٨٨ .

[٢٤٦] **Andre de laubader, op. cit, P.685.No. 1194 .**

[٢٤٧] د. محمد ابراهيم الدسوقي ،المصدر السابق ،ص٥٠٣ وما بعدها .

[٢٤٨] **Chapus, op. cit. P. 358. No. 357 .**

الاخطاء الجسيمة .فهو يؤكد بعد ذلك على ضرورة التمييز في هذا المجال بين العنصرين الشخصي والموضوعي للخطا، فيعتبر خطا الموظف جسيما وفق العنصر الشخصي اذا كان متيقنا في الظروف التي ارتكب فيها الخطأ من نتائجه الضارة اما بموجب العنصر الموضوعي فيعتبر الخطأ جسيما اذا ما نجم عن الاخلال بواجب أساسي يجب احترامه بوجه خاص و بشدة .

كما وان اعمال هذا المعيار يؤدي -في نظر شابي -الى نتيجة غير مقبولة ياباها المنطق السليم وقواعد العدالة لمنحه الخطأ اليسير حماية اكبر من الخطأ الجسيم لان الخطأ المرفقي الذي تتحمل ألادارة المسؤولية عنه يكون وفقا لهذا المعيار خطئا يسيرا بالمقارنة مع الخطأ الشخصي الذي يتميز بالجسامة ويتحمل الموظف وزره ،لذا فان المضرور في حالة الخطأ المرفقي سيحصل على التعويض في كل الاحوال نظرا لملاءة ألادارة بعكس المضرور بسبب الخطأ الشخصي(الجسيم) اذ يظل بدون تعويض نتيجة اعسار الموظف في اغلب الاحيان [٢٤٩].

وقد طبقت المحكمة الادارية العليا في مصر هذا المعيار في احد احكامها التي جاء فيها "ويعتبر الخطأ كذلك شخصيا ولو لم تتوافر في مرتكبه نية النكاية او الاضرار وابتغاء المنفعة الذاتية اذا كان الخطأ جسيما، وتحديد درجة جسامة الخطأ مسألة نسبية تتفاوت تبعا للظروف المختلفة ويستهدي فيها بقدرة الموظف المتوسط الكفاية الذي يوجد في ظروف مماثلة لتلك التي كان فيها الموظف المخطئ، ويدخل في نطاق الخطأ الجسيم، الاخلال باي اجراء جوهري يؤثر في كيان العمل المنوط بالموظف اداءه[٢٥٠] لذا يمكننا القول بان هذا المعيار غير جامع وغير مانع.

ثالثا -معيار (الغاية)-

يعتمد العميد دكي Duguit في معياره هذا على الغاية من العمل(lebut) .فاذا تصرف الموظف لغرض تحقيق مصلحة شخصية له ،فان ما يرتكبه من اخطاء يعتبر اخطاء شخصية،اما اذا تصرف بقصد تحقيق احد الاهداف المشروعة التي تدخل في مجال عمل ألادارة اعتبر خطئا مرفقيا، فالموظف لا يسأل اذا اخطأ بحسن نية وهو يستخدم سلطات وظيفته ، بينما يكون مسؤولا عندما يستغل سلطات هذه الوظيفة لاغراض شخصية وهذا دليل على سوء نيته [٢٥١].

---

[٢٤٩] د. سليمان الطماوي ،القضاء الاداري .....،المصدر السابق ،ص١٨٥ص١٨٦ .

[٢٥٠] حكم المحكمة ألادارية العليا في٣ مارس١٩٦٩-مجلة المحاماة ،العدد السادس، ١٩٧٠ ص١٣٩

نقلا عن د. محمد ابراهيم الدسوقي ،ص٥٠٥ .

[٢٥١] راجع د. محسن خليل ،القضاء الاداري الباني ، المصدر السابق ،ص٥٧٧ -و د. محمد فؤاد مهنا ، حقوق الافراد ازاء المرافق العامة ، المصدر السابق ،ص٣٩٥ .

وطبق القضاء الاداري الفرنسي هذا المعيار في العديد من احكامه نذكر منها حكمه الصادر في قضية زيمرمان Zimmermann [٢٥٢].

ومما يؤخذ على هذا المعيار انه على الرغم من وضوحه وسهولة تطبيقه، الا انه لا يصور حقيقة الواقع ولا يتفق دائما مع القضاء اذ انه لا يعتبر الخطأ الجسيم خطأ شخصيا مهما كانت جسامته ما لم يقترن بسوء نية، مع ان القضاء قد درج على اعتبار الخطأ الجسيم من قبيل الاخطاء الشخصية بصرف النظر عن سوء نية الموظف او حسنها[٢٥٣] ومن الاهمية بمكان القول بان ليست كل غاية غير سليمة تكفي لجعل الخطأ شخصيا، اذ ان الخطأ الشخصي لا يتحقق ذاتيا مع عدم مشروعية الغاية (كاغتصاب السلطة)، حيث ان العمل غير المشروع لاغتصاب السلطة يبقى عملا مرفقيا وان كانت الغاية غيرسليمة ما دام انها لم تخرج عن نطاق الخدمة[٢٥٤].

وقد اشارت المحكمة الادارية العليا في مصر الى هذا المعيار في حكمها الصادر في حزيران ١٩٥٩ قائلة "وفيصل التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي يكون بالبحث وراء نية الموظف، فان كان يهدف من القرار الاداري الذي اصدره الى تحقيق الصالح العام، او كان قد تصرف ليحقق احد الاهداف المنوط بألادارة تحقيقها والتي تدخل في وظيفتها الادارية، فان خطئه يندرج في اعمال الوظيفة بحيث لا يمكن فصله عنها، ويعتبر من الاخطاء المنسوبة الى المرفق العام ويكون خطأ الموظف هنا مصلحيا"[٢٥٥].

رابعا -معيار (الانفصال عن الوظيفة)-

نادى بهذا المعيار العميد Hauriou و بموجبه يكون الخطأ شخصيا اذا كان من الممكن فصله عن اعمال الوظيفة. والخطأ المرفقي هو الذي يدخل ضمن اعمال الوظيفة ويكون لاصقا بها ولا يمكن فصله عنها[٢٥٦]. و انفصال الخطأعن الوظيفة قد يكون

---

[٢٥٢] ومضمون هذه القضية هو ان بعض موظفي صيانة الطرق والانفاق كانوا قد استخرجو مواد البناء كالرمال والاحجار من ارض خاصة مملوكة لاسرة زمرمان ومن ثم اصدر مدير المقاطعة قرارا بتحديد الاموال العامة للدولة في موقع العمل ضاما اليها الارض السابق ذكرها وذلك حماية للموظفين من قيام مسؤوليتهم عن الاستيلاء على اموال الغير ،اذ متى اصبحت هذه الارض من الاموال العامة (الدومين العام) فان عملية استخراج الاحجار والرمال تكون مشروعة فاعتبر مجلس الدولة الفرنسي الخطأ الصادر عن مدير المقاطعة خطا مرفقيا رغم جسامته على أساس انه لم يرتكب الخطأ بسوء نية او تحقيق غرض شخصي ، و انما كان يهدف الى تحقيق الحماية للموظفين وهم بقومون بالعمل غير المشروع واعتبر من اغراض الوظيفة العامة -حكم مجلس الدولة الصادر في شباط ١٩٠٣، سيري،١٩٠٥، القسم الثالث، ص١٧- مشار اليه في مؤلف د.ماجد راغب الحلو،المصدر السابق ،ص٤٧٢ .

[٢٥٣] د. محمد فؤاد مهنا ص٣٩٦-د.محمود عاطف البناء المصدر السابق ،ص١٨٧ .

[٢٥٤] Andre de laubader,op.cit.P.684,No.1193 .

[٢٥٥] حكم محكمة الادارية العليا في قضية رقم ٩٢٨- نقلا عن د.محمود حلمي،القضاء الاداري،المصدر السابق،ص٢٢٦وما بعدها.

[٢٥٦] انظر د.عبدرحمن نورجان ،المصدر السابق ،ص١٥٨ د. عدنان العجلاني ،المصدر السابق،ص٣٥٢.

انفصالا ماديا او معنويا (عقليا)، ويتحقق الانفصال المادي عن اعمال الوظيفة في حالة قيام الموظف بعمل لايدخل ضمن واجبات الوظيفة، و مثال ذلك حكم محكمة التنازع الفرنسية في قضية lalande وفحواه ان عمدة أحدى القرى قام باعلان في ازقة القرية انه تم رفع اسم أحد التجار من المواطنين من قوائم الناخبين لاشهار أفلاسه، حيث ان عملية شطب الاسم من قائمة الناخبين هي من أحدى الواجبات الوظيفية للعمدة ، اما الاشهار مع بيان السبب فهو يسئ الى سمعة التاجر يعتبر عملا ماديا منفصلا عن واجبات الوظيفة [٢٥٧] .

امـا الانفصال المعنوي(العقلي)عن الوظيفة فيكون متحققا عندما يقوم الموظف بأرتكاب خطا لا يمكن فصله ماديا عن الأعمال الوظيفية ، ولكن بالامكان فصله عن طريق العقل. ومن الامثلة على ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية Prefitde la Cotedor وفيه اعتبر الامر الصادر من العمدة بقرع الاجراس احتفالا بمأتم مدني مما لا تقرع له الاجراس خطئا منفصلا عن واجبات الوظيفة انفصالا معنويا[٢٥٨].

وانتقد هذا المعيار كغيره من المعاير السابقة ، اذ وصف بكونه اوسع مما يجب ان يكون، لانه يجعل من كل خطا مهما كان تافها خطئا شخصيا لمجرد انه منفصل عن واجبات الوظيفة، في حين انه لا يعتبر الخطأ مهما كان جسيما خطئا شخصيا لمجرد اتصاله بواجبات الوظيفة[٢٥٩].

ومهما يكن من امر فان قانون التوظف الفرنسي الصادر في ١٩٤١ أخذ بهذا المعيار عندما قرر مسؤولية الموظف الشخصية عن اخطائه المنفصلة عن واجبات الوظيفة . اما قانون سنة ١٩٤٦ والذي حل محل القانون السابق فلم يأخذ بهذا المعيار [٢٦٠].

ومن انصار هذا المعيار في الفقه المصري د. ماجد راغب الحلو ،اذ انه يحبذ الاخذ بهذا المعيار ، ويرى ان "الخطأ الشخصي هو ذلك الذي يقع منفصلا عن ممارسة الوظيفة ماديا او معنويا " ولبيان هذا فقد ذهب الى ان الخطأ المنفصل ماديا هو ذلك المرتكب خارج اطار الوظيفة ودون اية علاقة بها . اما الخطأ المنفصل عن الوظيفة معنويا فهو الذي يتصل بها ماديا اما لوقوعه اثناء الخدمة او بأستخدام ادوات العمل، ولكنه مع ذلك ليس من الاخطاء العادية التي يتعرض لها شاغل الوظيفة ويتجسد ذلك في حالتين هما الخطأ العمد والخطأ الجسيم اللذان لا يفسران الا بأهمال و حمق الموظف[٢٦١].

---

[٢٥٧] حكم محكمة التنازع الفرنسية في ٤ كانون الاول ١٨٩٧ –مجموعة دالوز ،القسم الثالث ،ص٩٣ ،وردت في مؤلف د.محمود حلمي ،القضاء الاداري ،المصدر السابق ،ص٢٢٤ .

[٢٥٨] حكم مجلس الدولة في ٢٥ شباط ١٩١٠ –مجموعة سيري ،ص١٩٩ نقلا عن د. محمد الشافعي ،المصدر السابق ، ص٣٢٩ .

[٢٥٩] د. سليمان محمد الطماوي ،القضاء الاداري ....، المصدر السابق ،ص١٢٢ .

[٢٦٠] المصدر السابق ،ص١٢٣ .

[٢٦١] د. ماجد راغب الحلو ،المصدر السابق، ص٤٨١ .

وقد تبنت المحكمة الادارية العليا في مصر هذا المعيار في حكمها الصادر في ٦ تموز ١٩٥٩ حيث قالت "...فاذا كان يهدف من القرار الاداري الذي اصدره تحقيق الصالح العام او كان قد تصرف لتحقيق احد الاهداف المنوط بألادارة تحقيقها او التي تدخل في وظيفتها الادارية فان هذا الخطأ يندمج في اعمال الوظيفة بحيث لا يمكن فصله عنها..."[٢٦٢] وقالت ايضا في حكم آخر لها بأن " الخطأ في التشخيص الواقع من طبيب حكومي في تقرير رسمي لا يعتبر خطئا شخصيا وانما هو خطأ مصلحي اذ يتعلق باعمال وظيفته"[٢٦٣] .

خامسا -معيار شابي-

يستند الفقيه شابي [٢٦٤]، في معياره للتفرقة بين نوعي الخطأ الشخصي والمرفقي الى درجة ارتباط خطا الموظف باعمال و واجبات وظيفته فهو يميز بين ثلاثة انواع من الاخطاء الشخصية للموظف و يمنح كل منها درجة معينة و يعتبر ان الأخطاء الشخصية تسأل عنها ألادارة تجاه المضرور بسبب ان ألادارة تعتبر ضامنة لآعمال موظفيها.كما وانه بحث في معياره اخطاء المسؤولية الادارية وما يقابلها في المسؤولية المدنية كما هو موضح في الجدول الاتي :-

المسؤولية العامة (الادارية)	المسؤولية الخاصة(المدنية)		
-خطا مرفقي -خطأ شخصي من النوع الاول المرتكب عند ممارسة الوظيفة والذي ضم منذ عام ١٩٠٩ .	خطأ الوظيفة	مسؤولية المتبوع والشخص الاداري	-لا رجوع على الموظف -رجوع كلي على موظف
-خطأ شخصي من النوع الثاني المرتكب عند ممارسة الوظيفة ولكن لا صلة له بها وضم منذ عام ١٩٤٩	أساءة أستعمال الوظيفة		-رجوع كلي على موظف
-خطأ شخصي من النوع الثالث منبت الصلة بالمرفق	خطأ شخصي	لا مسؤولية للمتبوع ولا للشخص الاداري	

ونحن نرى ان من امثل المعايير السالف ذكرها لأجراء التمييز بين نوعي الخطأ (الشخصي والمرفقي) هو معيار (هوريو)فهو ينسجم مع مسلك مجلس الدولة الفرنسي اكثر من أي معيار اخر ،اذ انه لا يعطي مفهوما جامدا لهذه الاخطاء كمعيار (جيز)،ولم يعتمد أساسا مطاطيا غير مستقرمثل معيار(دكي)،كما لم يعتمد في تعريفهما على عنصر

---

[٢٦٢] أشير الى هذا الحكم في مؤلف د. سليمان الطماوي ، القضاء الاداري ، قضاء التعويض ..، المصدر السابق ، ص٤١٨ .

[٢٦٣] حكم محكمة القضاء الاداري المصري في ٢٢ حزيران ١٩٥٦ ، المجموعة ٦ ،السنة العاشرة ،ص٤٠٣ ،نقلا عن د. محمود حلمي ،القضاء الاداري ،المصدر السابق ،ص٢٢٧ .

[٢٦٤] Rene Chapus,op.cit,P.247,No. 232 .

نفسي سايكولوجي كنية الموظف وهو(معيار لافريار)[٢٦٥]. وعلى خلاف هذه المعايير فقد استند معيار هوريو على طبيعة الخطأ ودرجة صلته بالوظيفة لتقرير كونه خطئا شخصيا او خطئا مرفقيا مما يؤهله لتفسير السياسة القضائية لمجلس الدولة الفرنسي تلك السياسة المتسمة بالمرونة والموضوعية . ومما يدعم هذا القول اقتراب الفقيه الفرنسي Chapus في تصوير معياره من معيار هوريو، وبصورة عامة فان هذه المعايير لم تلق نجاحا كبيرا لعدم تقيد مجلس الدولة الفرنسي في احكامه بقواعد ثابتة ولم يعتمد حلولا معينة حتى يمكن معها ايجاد معيار محدد في تفسير احكامه ، بل كان يهتم بايجاد الحلول الملائمة لكل حالة على حدة [٢٦٦] .

اما فيما يتعلق بمسلك مجلس الدولة المصري بشأن نظرية التمييز هذه ، فنجده ايضا كزميله الفرنسي لا يعتنق معيارا معينا، وانما يأخذ بكل تلك المعايير التي قررها الفقه والقضاء الاداري الفرنسي بشأن مسؤولية ألادارة. ودليل ذلك هو حكم محكمة الادارية العليا الذي جاء فيه " انه لا يوجد ثمة قاعدة عامة مجردة تضع ظوابط محددة تفصل بوجه قاطع بين الاخطاء المرفقية والاخطاء الشخصية، وانما يتحدد كل نوع من هذه الاخطاء في كل حالة على حدة لما يستخلصه القاضي من ظروفها و ملابساتها مستهديا في ذلك بالعديد من المعايير منها نية الموظف و مبلغ الخطأ من الجسامة والدافع الى ارتكابه..."[٢٦٧].

-المطلب الثاني-

حالات تقرير المسؤولية عن الخطأ المرفقي ودرجاته:-

الفرع الاول- حالات ألخطأ المرفقي:-

ان نماذج الاخطاء المرفقية تكاد لا تحصى وليس بإمكاننا ان نذكر الا المشهورة منها عرضا مع فقه مجلس الدولة الفرنسي الذي لاينضب.ويمكن تقسيم الاخطاء المرفقية التي تؤدي الى الحاق الضرر بالغير،سواء امكن نسبتها الى موظف معين او تعذر ذلك الى ثلاث حالات رئيسية وفقا لما قررها مجلس الدولة بهذا الصدد[٢٦٨]،وهذه الحالات هي:

١-قيام المرفق بخدماته على وجه سئ Le service amal fonctionne

وتدخل تحت هذه الحالة جميع الاعمال الايجابية التي يقوم بها المرفق العام والتي تتصف بالخطأ وسواء كانت هذه الاعمال مادية او قانونية (قرارات ادارية) قام بها

---

[٢٦٥] بهذا المعنى انظر د. عدنان العجلاني ، المصدر السابق ،ص٣٥٤ .

[٢٦٦] بهذا المعنى انظر د. سليمان الطماوي ،القضاء الاداري ... ،المصدر السابق ،ص١٣٥ .

[٢٦٧] حكم محكمة الادارية العليا-١٩٦٩/٣/٣٠ -المحاماة -عبدالمنعم حسني ، مدونة التشريع والقضاء في المواد المدنية والتجارية ،الجزء الثاني ،ص١١.

[٢٦٨] Andre de laubadere , op. 707 , No. 1231.

الموظفون او صدرت عن الاشياء او حيوانات تملكها الادارة، فينسب الخطأ الى المرفق ذاته[٢٦٩]، ومن امثلته في قضاء مجلس الدولة الفرنسي وقوع الضرر عن خطأ مادي وقع من احد الموظفين وهو يطلق رصاصة على ثور هائج في الطريق العام فيصيب احد افراد وهو في داخل منزله، او ان يطلق احد رجال الشرطة النار على احد المتظاهرين فيرديه قتيلا وكان بامكانه تجنب ذلك[٢٧٠].

ومن امثلة ألخطأ القانوني، حالة منع الادارة نشاط احدى المحلات التجارية مخالفة في ذلك لأحكام القانون، او تتعجل الادارة في تنفيذ حكم قضائي قبل ان يصبح قابلا للنفاذ او ان تستولي الادارة على بعض الاموال في غير الاحوال التي يجيزها القانون.

وقد يرجع سوء اداء المرفق لخدماته الى سبب ذاتي كأن يكون المرفق منظما على نحو سئ، كأن يصاب الافراد باضرار نتيجة استعمال المرفق لمواد تالفة، او ان يتعرض الموظفون لحالة تسمم بسبب سوء تهوية اماكن العمل في المرفق بعد تدفئتها بالفحم[٢٧١].

ففي كل هذه الحالات تكون الادارة مسؤولة لان الاصل في المرافق العامة هو ان تؤدى خدماتها للافراد وفقا لقواعد تضمن تحقيق المصلحة العامة على اكمل وجه، فاذا اصاب عملها خلل او نقص اعتبر ذلك خطئا واقعا من المرفق مما يستوجب قيام مسؤوليته عنه[٢٧٢].

٢-عدم اداء المرفق لخدماته .Service na pas fonctionne

على عكس الحالة الاولى، لايمكن ألخطأ هنا في تصرف ايجابي قامت به الادارة، وانما في عمل سلبي متمثل في امتناع الادارة في القيام بعمل كان من واجبها القيام به، مما يترتب على موقفها السلبي ضرر يصيب الافراد، فتقرر مسؤوليتها عنه[٢٧٣].

فالادارة يتوجب عليها تطبيق احكام القانون، و للأفراد حق مطالبتها بتنفيذه ما دام انها قائمة، فسلطاتها ونشاطاتها لم تعد امتياز لها تمارسها متى شاءت، ولكنها واجبة عليها تأديتها بكل حرص و دقة لضمان المصلحة العامة، ولا يسري هذا على الاختصاصات المقيدة فقط و يشمل الاختصاصات التقديرية ايضا، فاذا كانت القاعدة ان القضاء لا يستطيع ان يأمر الادارة بان تقوم باجراء ما لمواجهة حالة معينة او ان يحدد لها شكل تصرفها لان القانون قد اقر لها حرية التدخل و اختيار الوسيلة، فان مجلس

---

(٢٦٩) د. سليمان محمد الطماوي، دروس في القضاء الاداري، المصدر السابق،ص١٦-د. محمود عاطف، المصدر السابق،ص٢١٢.

(٢٧٠) د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق،ص٤٨٩.

(٢٧١) د. محمود حلمي، القضاء الاداري، المصدر السابق،ص٢٣٠.

(٢٧٢) د. محمد فؤاد مهنا، حقوق الافراد ازاء المرافق العامة، المصدر السابق،ص٣٩٨.

(٢٧٣) انظر د. ماجد راغب الحلو،ص٤٨٨، وايضا-د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق،ص٥٧٩.

الدولة الفرنسي استنادا الى هذه الحالة للخطأ المرفقي استطاع ان يمد رقابته و بطريقة غير مباشرة الى كيفية ممارسة الادارة لسلطاتها التقديرية.

ولكن يجب لا يغرب عن الأذهان ان امكانية مجلس الدولة الفرنسي في تقرير مسؤولية الادارة عن امتناعها في القيام بتصرفات معينة مقتصرة على الدعاوي التي تثار امامه بطريق قضاء التعويض فسحب، لاعن طريق قضاء الالغاء[٢٧٤].

وهكذا فان الادارة لم تعد مسؤولية فقط عن الاضرار الناجمة عن قيامها باداء الخدمات العامة فحسب، وانما تكون مسؤولية ايضا عن امتناعها عن القيام بهذه الخدمات او التقصير فيها. واحكام مجلس الدولة الفرنسي في هذا المجال كثيرة منها مسؤولية مرفق الشرطة في اهماله في اتخاذ التدابير اللازمة لحماية الافراد من خطر الالعاب النارية. و مسؤولية مرفق التعليم في امتناعه عن القيام بحماية الاطفال و مسؤولية الادارة في امتناعها عن تطبيق القوانين و اللوائح[٢٧٥].

٣-بطء اداء المرفق لخدمات **Le service a fonctionne tardive ment**

اذا تباطأت الادارة في القيام بأعمالها المنوط بها اكثر من الفترة المعقولة التي تمليها طبيعة هذه الاعمال اعتبر ذلك من الاخطاء المرفقية التي تستوجب مسؤولية الادارة الذاتية اذا ماترتب عليه ضرر، وتعد هذه احدث الحالات التي اخذ بها قضاء مجلس الدولة الفرنسي.[٢٧٦] وهي لا تعني ان القانون قد حدد للادارة ميعاد معينا لاداء خدماتها بحيث تعد مرتكبة للخطأ اذا لم تؤد خلالها خدماتها، اذ ان هذا يعد امتناعا عن اداء الخدمة فيندرج تحت الحالة الثانية للخطأ المرفقي المار ذكرها.

فاذا كان اختيار الوقت هو من اهم عناصر السلطة التقديرية الادارة أي انه لا يمكن ان يعتبر سببا للالغاء، فأن مجلس الدولة الفرنسي قد اخضع هذه السلطة لرقابته في قضاء التعويض حرصا منه على حقوق الافراد و حرياتهم، فالادارة تملك في قضاء التعويض سلطة تقديرية واسعة لاتملكها في قضاء الالغاء، لها الحق في اختيار وقت تدخلها، وتحديد الحالة التي تستوجب ان تتدخل عندها، وكذلك الوسيلة التي تلجأ اليها لمواجهة الحالة، فالقانون لم يلزمها بشئ في هذا المجال. وهذا ما حدا بالفقهاء الفرنسيين ان يطلقوا على هذه الحالات تسمية جديدة وهي (التعسف في استعمال الحقوق الادارية) لتكون قائمة الى جانب نظرية (التعسف في استعمال السلطة او الانحراف بالسلطة) المعروفة في مجال القانون المدني[٢٧٧].

---

(٢٧٤) انظر في هذا الشأن د.عدنان العجلاني،المصدر السابق،ص١٥٤-و د.سليمان الطماوي،القضاء الاداري،المصدر السابق، ص١٤٣.

(٢٧٥) رجع بصدد الاحكام-د. محمد الشافعي، المصدر السابق،ص٣٣٥-و د. محمود حلمي، القضاء الاداري، المصدر السابق، ص٢٣٠.

(٢٧٦) د. محمود حلمي،ص٢٣١-د. محمود عاطف، المصدر السابق،ص٢١٤.

(٢٧٧) د.سليمان محمد الطماوي،القضاء الاداري-الكتاب الاول-قضاء الالغاء،الطبعة الثانية،دار الفكر العربي،١٩٧٥، ص١٣٨- وانظر ايضا استنادنا د.عبد الرحمن رحيم عبدالله، بحثه الموسم مسؤولية الادارة التقصيرية على اساس الخطأ،المرجع السابق، ص٢٠.

ومما يجدر قوله هنا ان تباطؤ الادارة يقصد به التباطؤ غير العادي الخارج من حدود المألوف اما التأخير العادي او البسيط فلا يمكن ان يكون سببا في قيام مسؤولية الادارة[٢٧٨].

ومن احكام مجلس الدولة الفرنسية التي استند فيها ألخطأ الى هذه الحالة، مسؤولية الادارة في الرد على طلبات الافراد، ومسؤولية مرفق الجيش عن تأخره في تسريح متطوع في الجيش رغم طلب والده ببطلان تطوع نجله لعدم موافقته عليه مما كان يشترط لصحة التطوع[٢٧٩]. و كذلك مسؤولية الادارة في تأجيل تنفيذ حكم قضائي غير مبرر قانوني، و مسؤوليتها عن التأخر في الموافقة على اصلاح و ترميم سقف بناء من الآثار التاريخية وابطائها في ارسال طلبية[٢٨٠].

الفرع الثاني-درجة جسامة ألخطأ المرفقي الموجبة لمسؤولية الادارة:-

من المعروف ان قضاء مجلس الدولة الفرنسي، و على خلاف القضاء العادي لا يكتفي للحكم بمسؤولية الادارة ان يشوب اعمالها خطأ، وانما يشترط ان يتصف ألخطأ بدرجة معينة من الجسامة وهذا يقتضي منه الا ينظر الى الموضوع من زاوية مجردة، وانما عليه ان يفحص كل حالة على حدة، وان يأخذ في الاعتبار مختلف العوامل المؤثرة فيها، ليقرر ما اذا كان ألخطأ المدعى بوقوعه يستوجب قيام مسؤولية الادارة عنه او لا يستوجب ذلك بعكس القضاء العادي الذي يصنع معيارا جامداً ليقاس بموجبه ألخطأ المدعى بوقوعه[٢٨١].

ومما يذكر ان استلزام درجة معينة من الجسامة في ألخطأ يجد اساسه الاول في حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية Rotchild سنة ١٨٥٥ ومن ثم حكم محكمة تنازع الاختصاص في قضية Blanco عام ١٨٧٣، و اللذين قد اشارا الى ان مسؤولية الادارة عن الاضرار التي تلحق الافراد بفعل الاشخاص الذين تستخدمهم في المرافق العامة ليست عامة ولا مطلقة، بل لها قواعدها الخاصة التي تتعدد وفقا لحاجات المرفق وضرورة التوفيق بين المصلحة العامة ومصلحة الافراد[٢٨٢] و المعلوم ان الفرق بين الاخطاء لا يتعدى عن كونه فرقا في درجة الجسامة وفقا لتقدير القاضي وما يستخلصه من وقائع الدعوى، و ليس فرقا في الطبيعة الذاتية لكل منها. فالتمييز بين الاخطاء البسيطة و الاخطاء الجسيمة هو تمييز استقرائي (تجريبي) وليس تحكميا فالقول بان

---

[٢٧٨] د. محسن خليل، المرجع السابق،ص٥٨٧.

[٢٧٩] د. محمد فؤاد مهنا، حقوق الافراد أزاء المرافق العامة، المصدر السابق،ص٣٩٩-د. محمود عاطف، المصدر السابق، ص٢١٥.

[٢٨٠] Andre de laubadere, op. cit. P.708, No.1231 .

[٢٨١] د. سليمان محمد الطماوي، دروس في القضاء الاداري، المصدر السابق،ص٦٨-ص٦٩.

[٢٨٢] Andre de laubadere,op.cit.p.701,No.1223.

لخطأ البسيط هو ألخطأ الذي لا يرتكبه موظف حريص او كفوء، و ألخطأ الجسيم هـو لخطأ الذي لا يرتكبه موظف معتدل الحرص او متوسط الاهتمام او الكفاءة انمـا هـو تعريفات مجردة لا يمكن بها التمييز بين الاخطاء الادارية لاستلزامها التعرف اولا علـى ماهية تلك الاخطاء التي لايقع فيها الموظف الحريص او ذلك المتوسـط الحـرص[٢٨٣]، ومع ذلك فأن الاخطاء الادارية التي تستوجب المسؤولية عنها ينبغي ان تتضمن درجـة من الجسامة وهي مختلفة، وان اشتراط مجلس الدولة لتلك الجسامة يرجع الى رغبتـه التخفيف من النتائج الضارة لمسؤولية الادارة من ناحيتين-احداها هو ضمان حسن سير المرافق العامة حتى لا يؤدي الخوف من المسؤولية الى شل نشـاط الادارة، والاخـرى تتعلق بالجانب المالي للادارة لكي لا تنوء الخزانه العامة بأعباء اضافية ترهقها وتسـبب لها خسارة[٢٨٤].

وجسامة ألخطأ تختلف بحسب ما اذا كانت مسؤولية الادارة عن الاعمال المادية او عـن قراراتها، ففي حالة المسؤولية عن القرارات الادارية تتأثر الجسامة بطبيعة العيب الـذي يشوب القرار ويجعله غير مشروع وأوجه عدم المشروعية متعددة، امـا فـي مجـال المسؤولية عن الاعمال المادية فان تقدير جسامة ألخطأ يتأثر بعوامـل عديـدة يرجـع بعضها الى المرفق ذاته، وبعضها الاخر يتعلـق بـالمضرور و موقفـه مـن المرفـق العام[٢٨٥] وهذا ما سوف نستعرضه تباعا في مقصدين متتاليين.

- المقصد الاول -

درجة جسامة ألخطأ المرفقي بالنسبة للاعمال القانونية (القرارات الادارية)

الاصل في القرارات الادارية في الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج، خضوعـها لرقابة القضاء بمظهريها الالغاء والتعويض،اذ يوجد الى جانب جهة القضاء العادي جهة أخرى تفصل في المنازعات الادارية وتختص بالغاء القرارات الادارية غير المشـروعة وهي جهة القضاء الاداري ولكن قد تتحقق الرقابة القضائية للقرارات الادارية في نطـاق اضيق و تقتصر على مظهر واحد من مظهري الرقابة القضائية، هو قضـاء التعويـض فحسب وهو ما يؤخذ به في دول ذات النظام القضاء الموحـد[٢٨٦]،لـذا فـان القضـاء

---

[٢٨٣] Rene Chapus,op.cit,p.357.No.355.

[٢٨٤] أنظر د. عدنان العجلاني، المصدر السابق،ص٣٥٥.

[٢٨٥] Andre de laubadere,p.702,No.1234.

[٢٨٦] د. محمود محمد حافظ، القرار الاداري، دار النهضة العربية، ١٩٧٥،ص١٢٣.

الاداري في كل من فرنسا ومصر قد جرى على اعتبار عدم المشروعية في القرار الاداري شرطا اساسيا للحكم بالغائه، الا انه لايعتبر سببا كافيا للحكم بالتعويض في كل الاحوال[٢٨٧]، ومع ذلك فان أوجه عدم المشروعية في القرار الاداري لا تتعدى عن عيوب (الشكل، والسبب، والاختصاص والمحل والغاية) فهذه العيوب كما تكون سببا للالغاء تكون مصدر للمسؤولية[٢٨٨]. وفي هذا ذهبت المحكمة الادارية العليا المصرية في أحدى أحكامها الى "ان المشروع قد جعل مناط مسؤولية الادارة عن القرارات الادارية التي تسبب ضرار للغير وقوع عيب في هذه القرارات من العيوب المنصوص عليها قانونا، فاذا انتفى هذا العيب فلا مسؤولية على الادارة مهما ترتب على القرار من اثر اضر بالافراد"[٢٨٩] كما يذكر الاستاذ Delbez " ان المسؤولية في مجال القرارات الادارية لا تتولد الا اذا تحققت عدم المشروعية فتجاوز حد السلطة هو الشرط الاساسي لها"[٢٩٠] ويؤكد هذا المبدأ العميد Duez بقوله[٢٩١]" ان عدم المشروعية التي تصيب القرار الاداري يتمثل في ألخطأ لذا كان من الواجب أحترام مبدأ المشروعية حتى لا تتولد مسؤولية الادارة عن مخالفة هذا المبدأ".

وعموماً فان عدم مشروعية القرار الاداري هو خطأ مرفقي، لان الادارة ملزمة بإحترام القانون، فان قام الموظف بإصدار قرار غير مشروع، تكون الادارة بذلك قد خالفت مبدأ المشروعية في مجال اعمال الادارة فلابد ان تقرر مسؤوليتها.

غير ان مجلس الدولة الفرنسي وتبعه مجلس الدولة المصري لم يحكم بمسؤولية الادارة عن جميع أوجه عدم المشروعية على حد سواء، وانما اشترط في عدم المشروعية ان يكون جسيما، وبذلك اصبح بعض أوجه عدم المشروعية كافيا لقيام مسؤولية الادارة عنها وبعضها الآخر غير كاف لقيامها.

وسيقتصر بحثنا على القرارات الادارية الفردية ولا نتطرق الى القرارات التنظيمية لأن الأصل عدم مسؤولية الادارة عنها ذلك لان موضوعها عام، أي انها تقرر قاعدة عامة ومن شأنها التأثير في المراكز القانونية الموضوعية العامة[٢٩٢] . لذا فاننا سنعرض اوجه عدم المشروعية في القرار الاداري و مسؤولية الادارة عنها وسنبحث

---

[٢٨٧] من هنا يتضح تباين موقف مجلس الدولة الفرنسي أزاء القرار الاداري بالنسبة لقضاء الالغاء عنه لقضاء التعويض، فبينما يعتبر جميع اوجه عدم المشروعية مصدرا لالغاء القرار الاداري، نجده لا يحكم بالتعويض عنه الا احوال خاصة وبشروط معينة. راجع د. محمود حلمي، القضاء الاداري، المصدر السابق، ص٢٥٥.

[٢٨٨] د. محمد فؤاد منها، حقوق الافراد أزاء المرافق العامة، المصدر السابق،ص٤٠٠.

[٢٨٩] المصدر السابق،ص١.

[٢٨٢] حكم محكمة الادارة العليا رقم ١٥٦٥ س٢ ١٩٧٥ – عبدالمنعم حسني، مدونة التشريح والقضاء...، ٢.

[٢٩٠] مشار اليه في د. محسن خليل، القضاء الاداري البناني، المصدر السابق، ص٥٩٧.

[٢٩١] نقلا عن د. سليمان الطماوي، دروس في القضاء الاداري، المصدر السابق،ص٦٩.

[٢٩٢] أنظر د. عبدالرحمن نورجان، المصدر السابق،ص١٢–و د. سليمان الطماوي، الوجيز في القضاء الاداري، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، ١٩٧٢،ص٦٩٧.

فيه جانب قضاء التعويض فقط دون قضاء الالغاء التزاما باطار البحث، وذلك في خمس فقرات متتالية، وعلى النحو الاتي:-

اولا-عيب المحل (مخالفة القانون) Violation de la loi:-

المقصود بعيب المحل هو مخالفة محل القرار الاداري احدى القواعد القانونية سواء أكانت قواعد مدونة كالدستور او التشريع اوغير مدونة مستمدة من العرف او القضاء[٢٩٣] ويمكننا درج العديد من الحالات تحت هذا المفهوم منها:-

١-مخالفة القرار لقاعدة" حجية الشئ المقضى به" ففي هذه الحالة تكون المخالفة جسيمة، اذ ان الادارة تخل هنا بقاعدة اساسية تتطلبها ضرورة استقرار الحياة الاجتماعية في الدولة، فيقضي مجلس الدولة هنا بمسؤولية الادارة بإستمرار لأهمية الاحكام القضائية في ضمان النظام في المجتمع[٢٩٤] وهذه الحالة بدورها تتضمن صورتين، او لاهما ان ترفض الادارة الاحكام القضائية الصادرة ضدها، و تعد هذه اقصى درجات عدم المشروعية لان موقف الادارة هذا سيؤدي الى اهدار كل قيمة قانونية وسياسية لأحكام القضاء، و نظراً لخطورة هذا الوضع فان مجلس الدولة قد قرر مسؤولية الموظف الشخصية الى جانب مسؤولية الادارة عن الامتناع عن تنفيذ الاحكام القضائية الصادرة ضد الادارة، و بهذا الصدد اصدرت المحكمة الادارية العليا المصرية في٤ يناير١٩٥٢حكما قررت فيه ان اصرار الوزير على عدم اعادة الموظف الى وظيفته على اثر ما قضى به مجلس الدولة من الغاء قرار الاحالة على التقاعد انما هو تجاهل لقوة الشئ المقضى به فيعد ذلك خطئا جسيما يوجب مسؤولية الادارة، اما الصورة الثانية فتتمثل في امتناع الادارة عن القيام بواجبها في المعاونة على تنفيذ الاحكام القضائية الصادرة لمصلحة بعض الافراد، فمجلس الدولة الفرنسي كان يحكم بإستمرار مسؤولية الادارة عنه عندما كان الامتناع عن تنفيذ الحكم دون مبرر[٢٩٥].

٢-مخالفة القانون نتيجة دوام الامتناع عن تطبيق القانون او اللائحة- فكان مجلس الدولة الفرنسي يحكم بمسؤولية الادارة عندما يكون الامتناع لامبرر له سواء من الوجهه القانونية او مستلزمات السياسة الادارية و المصلحة العامة[٢٩٦].

٣-مخالفة القانون بسبب ألخطأ المباشر في تطبيق القانون- و كذلك عندما تتجاهل الادارة القاعدة القانونية كليا وتتصرف بخلافها، فمخالفة القانون هنا تكون على بينة و عمد من قبل الادارة، كأن يعين الرئيس الاداري موظفا وهو على علم بأن

---

(٢٩٣) حمدي ياسين عكاشة، القرار الاداري في قضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٨٧،ص٤٥٥.

(٢٩٤) أنظر د.سليمان الطماوي،دروس في القضاء الاداري،المصدر النسابق،ص٦٩-و د. محسن خليل، القضاء الاداري اللبناني. المصدر السابق،ص٦٠٠.

(٢٩٥) د. سعاد الشرقاوي، المصدر السابق،ص٢٥٦،-د. سليمان الطماوي، القضاء الاداري.... المصدر السابق،ص١٥٣.

(٢٩٦) د. حسين عثمان، القانون الاداري،ط١، دار الجامعية، بيروت، ١٩٨٨،ص١٢٦.

الموظف تنقصه بعض الشروط الواجب توافرها[٢٩٧]، او امتناع احد المحافظين بلا مبرر عن منح تصريح لأحد الافراد بعد استيفاء شروطه[٢٩٨]، و استبقاء احد المواطنين في الخدمة العسكرية على خلاف القانون[٢٩٩].

ويجدر القول هنا ان الافراد لا يحق لهم الاستناد في دعوى التعويض الى مخالفة الادارة للقواعد القانونية المقررة لصالح الادارة نفسها[٣٠٠].

٤-مخالفة المبادئ العامة للقانون –ليس المقصود بالمبادئ العامة للقانون، المبادئ الدستورية او فوق الدستورية[٣٠١]، او قواعد العدالة او القانون الطبيعي، وانما المقصود به تلك المبادئ العامة التي استخلصها القضاء الاداري ورسم تفاصيلها وحدد مداها ومن ثم طبقها بإعتبارها مصدراً من مصادر المشروعية لا يجوز مخالفتها فهي من الناحية الشكلية من وضع القضاء الادراي، ومن الناحية الموضوعية قواعد عامة مجردة كالتشريع، وتتضمن معظم المبادئ الاساسية للقانون الاداري، فتعد بذلك من المصادر غير المكتوبة للقانون تقررها هيئة من هيئات الدولة وهي القضاء الاداري، ومنها مخالفة القرار الاداري لمبدأ وجود حريات فردية لا يملك ان يقيدها الا المشرع وتحصل في صورة اعتداء على تلك الحرية كالقبض التعسفي على الافراد، ومخالفة مبدأ مساواة المواطنين امام القانون، ومساواتهم ايضا في الانتفاع بالخدمات العامة، وكذلك مخالفة القرار الاداري لمبدأ مساواة المواطنين في تحمل اعباء الضرائب[٣٠٢]، ومن احكام القضاء الاداري المصري بهذا الشأن، حكم المحكمة الادارية العليا في ١٠ نيسان ١٩٧١ قضى فيه بتعويض المدعية عن الضرر المترتب عن القرار الاداري الذي الزمها سنوياً والى

---

[٢٩٧] د. محمود حلمي، القضاء الاداري، المصدر السابق،ص١٦٨.

[٢٩٨] حكم مجلس الدولة الفرنسي،٣ حزيران ١٩٤٤– المجموعة،ص١٨٩،–نقلا عن د. سليمان الطماوي، القضاء الاداري...، ص١٥٥.

[٢٩٩] حكم مجلس الدولة الفرنسي،في ٣٠ ايلول١٩٥٥،–مجموعة دالوز ١٩٥٦،ص٧٦–د.سليمان الطماوي،دروس في القضاء الاداري، ص٧٠.

[٣٠٠] د.سليمان الطماوي،القضاء الاداري..،ص١٥٥،–د.محمد رفعت،و د.احمد عبدالرحمن شرف الدين،القضاء الاداري، مكتب العربي للطباعة، ١٩٨٨،ص٥٥٣..

[٣٠١] يقصد بالمبادئ فوق الدستورية تلك المبادئ التي لا يجوز لواضعي الدستور مخالفتها، وهي قد تكون قواعد القانون الدولي ومثالها عدم جواز حرمان الافراد من الحد الادنى من الحقوق والحريات المسلّم بها، او قد تكون قواعد محلية استقرت في ضمير الافراد عبر اجيال ولا يمكن للدستور مخالفتها.

وقد قامت بعض الحكومات بصياغة المبادئ فوق الدستورية في وثيقة كما هو الحال بالنسبة لاعلانات الحقوق التي صارت فيما بعد بمثابة توجيه للهيئات التشريعية تلتزم بها التزاماً سياسياً وليس قانونياً.

راجع بهذا الشأن–د. محمد سعيد مجذوب، المصدر السابق ص٨ ص٩ –ود. محمود حلمي القضاء الاداري، المصدر السابق، ص ١٥٦، –د.عبدالمنعم البدراوي، المصدر السابق، ص١٦٨.

[٣٠٢] في هذا الصدد انظر د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الاداري، الكتاب الاول، قضاء الالغاء، دار الفكر العربي، ١٩٧٦، ص ٨٠٥ وما بعدها –حمدي ياسين عكاشة، المصدر السابق، ص ٤٥٧.

نهاية الربط باداء ضرائب غير مقررة قانوناً نشأت عن تلك الزيـــادة الخاطئـــة فـــي وعاء الضريبة[٣٠٣].

ثانياً –عيب الغاية (الانحراف بالسلطة) Le detourne ment de pouvoir:-

يتوجب على الموظف ان يسعى بما يصدره من قرارات ادارية تحقيـــق الغـــرض الذي حدده المشرع وهو تحقيق المصلحة العامة. ولكن قد يحدد القانون غرضـــاً معينـــاً للقرار الاداري يلزم الموظف عدم الخروج عليه فاذا حاد عن ذلك وسعى الـــى تحقيـــق غرض آخر غيره اصبح قراره غير مشروع ووجب الغاؤه فسلطة اصدار القرارات التـــي منحها القانون للموظف لا تجد لها مـــن اســـاس يبررهـــا ســـوى تحقيـــق المصلحـــة العامة[٣٠٤]. والمستقر في الفقه الاداريين ان عيب الانحراف بالسلطة يكون، باســـتمرار، مصدراً للمسؤولية اذا ما نتج عنه ضرر وكانت الادارة قـــد اســـتعملت فيـــه الســـلطة التقديرية المقررة لها قانوناً، لان هذا الخطأ لا تبرره السلطة التقديريـــة المقـــررة لـــها قانوناً، لأن هذا الخطأ لا تبرره السلطة التقديرية للادارة مهما كانت الظروف، لطبيعتـــها الخاصة بالنسبة للمسؤولية[٣٠٥].

ويتحقق الانحراف بالسلطة في صورتين، الاولى تســـمى " مجانبـــة المصلحـــة العامة، ويكون الموظف فيها قائماً باستعمال سلطته لتحقيق اغرض لا تتعلق بالمصلحـــة العامة ومن امثلتها استعمال السلطة لتحقيق نفع شخصي او انشـــاء احـــدى الوظـــائف الادارية دون مصلحة فيها سوى ايجاد عمل لأحد الاشخاص[٣٠٦]، وفـــي هـــذا قضـــت محكمة القضاء الاداري المصري بانه" اذا كان من بين ظروف وملابسات صدور قـــرار نقل المدعي انه لم يهدف الى تحقيق مصلحة عامة وانما قصد به افادة شـــخص معيـــن بذاته هو الخصم الثالث الذي حل محل المدعي في وظيفته وذلك بغية ترقيته الى الدرجة الاولى، و من ثم يكون هذا القرار مشوباً بعيب اساءة استعمال الســـلطة[٣٠٧]. ويدخـــل ضمن هذه الصورة ايضا استعمال السلطة الادارية بقصد الانتقام، كما لو قـــامت الادارة

---

(٣٠٣) حكم محكمة الادارة العليا في قضية رقم ٨٧٩ لسنة ١١٢ القضائية –مشار اليه في مؤلف د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص ٥٠٥ –وانظر ايضاً د. محمد رفعت عبدالوهاب ود. احمد عبدالرحمن شرف الدين، المصدر السابق، ص ٥٥٤.

(٣٠٤) انظر خضر عكوبي يوسف، موقف القضاء العراقي من الرقابة على القرار الاداري، ط١، مطبعة الحوادث، بغداد ١٩٧٦، ص ٣٤٦.

(٣٠٥) راجع بهذا الصدد–د. محمود حلمي، القضاء الادراي، المصدر السابق، ص ١٧٠ ص١٧١– ود. ابراهيم الفياض، المصدر السابق، ص ٢٤٦.

وفي هذا يعرف د. الفياض السلطة التقديرية للادارة بانها" سلطة التصرف الحر تتمتع بها الادارة فيما تصدره من قرارات في مواجهة ظروف معينة دون ان تكون مقيدة في سلوك اتجاه محدد. او ان يخيرها المشرع بين سلوك اتجاه من بين عدة اتجاهات – انظر مؤلفه السابق، نفس المكان .

(٣٠٦) حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٥ آذار ١٩٥٤ –نقلا عن د. ماجد راغب، ص ٤٠٩.

(٣٠٧) حكم محكمة القضاء الاداري المصري في ١٥حزيران ١٩٥٣ ،رقم القضية ٦٤٤ لسنة ٦١ –د. ماجد راغب ، ص ٤١٠.

بفصل احد العاملين للتخلص منه بعد ان التجأ الى القضاء واستصدر حكما بالغاء قراراتها، او ان تستخدم السلطة الادارية لغرض سياسي او لادراك هدف حزبي، كاصدار احد الوزراء قرار بفصل موظف لأنه ينتمي الى حزب سياسي معارض[٣٠٨].

اما الصورة الثانية للانحراف بالسلطة فتسمى بالانحراف البسيط، كأن يسعى الموظف الى تحقيق غرض لصالح الادارة لم يخوله القانون صلاحية القيام به ، ويسمى هذا بمخالفة مبدأ "تخصيص الاهداف" ووفقا لذلك يكون الموظف مرتكبا لخطأ عمدي تستوجب مسؤوليته عنه[٣٠٩].

يتبين مما سبق ان القضاء الاداري يحكم باستمرار بمسؤولية الادارة عندما يشوب قراراتها عيب الانحراف بالسلطة لخطورة هذا العيب في مجال اعمال الادارة، كما يقول دويز "اني لم اجد حكما واحدا اقر فيه مجلس الدولة بقيام عيب الانحراف ورفض ان يحكم بالتعويض عن ذات العيب"[٣١٠].

ثالثا- عيبا الاختصاص والسبب :-

عيب الاختصاص (عدم الاختصاص) هو عدم القدرة على مباشرة عمل قانوني معين جعله المشرع من سلطة هيئة او فرد آخر[٣١١]وتحديد قواعد الاختصاص من عمل المشرع، وعلى الموظف التزام حدود الاختصاص كما قررها المشرع صراحة او ضمنا، وتعتبر هذه القواعد من النظام العام لا يجوز الاتفاق على تعديلها او مخالفتها[٣١٢].

وقد جرى قضاء مجلس الدولة الفرنسي على عدم تقرير مسؤولية الادارة عن عيب الاختصاص على اطلاقها، مما حمل الفقه الى محاولة التفرقة بين انواع عدم الاختصاص ليتمكن من استخلاص قاعدة يمكن اعتمادها في هذا المجال، وفي ذلك ذهب العميد **Duze** الى التمييز بين عدم الاختصاص الموضوعي **(Incompetence ration materis)** أي اتيان الموظف لعمل لا يملكه اطلاقا لا هو ولا المرفق الذي ينتمي اليه، فتعتبر المخالفة في هذه الحالة جسيمة وتتحقق مسؤولية الادارة بسببها، وبين عدم الاختصاص الشخصي **(Incompetence ration persone)** أي عندما يكون القرار الاداري قد صدر عن موظف بدلا عن موظف آخر وعدم المشروعية في هذه الحالة يكون اقل جسامة من الحالة الاولى فلا تكفي مسؤولية الادارة عنها لأن الضرر كان من الممكن ان يصيب الفرد بناء على ذات القرار لو صدر عن الموظف المختص[٣١٣].

---

[٣٠٨] بصدد هذه الاحكام انظر د. محسن خليل، القضاء الادراي اللبناني، المصدر السابق ،ص ٥٩٧.

[٣٠٩] د. محمد فؤاد مهنا، حقوق الافراد ازاء المرافق العامة، المصد السابق، ص ٤١٠.

[٣١٠] اشير الى هذا الرأي في مؤلف د. محمد الشافعي ابو راس، المصدر السابق، ص ٢٨٦.

[٣١١] د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص ٣٦٣.

[٣١٢] د. حمدي ياسين عكاشة، المصدر السابق، ص ٤٤- د. محمود محمد الحافظ، المصدر السابق، ص ١٣٢.

[٣١٣]**Duez, la responsibilite de la puissance publique, 1938, P. 66.**

نقلا عن د. سلمان الطماوي، القضاء الاداري، قضاء التعويض....، المصدر السابق، ص ١٥٩.

وينتقد الاستاذ Weil ما ذهب العميد Duez في ان عيب الاختصاص الموضوعي يعقد مسؤولية الادارة لتضمنه على درجة عالية من الجسامة بعكس عيب الاختصاص الشخصي، حيث قال بصدد هذا التمييز بانه يبدو مخالفاً لحقيقة القضاء الفرنسي اذ ان مجلس الدولة الفرنسي يحكم على الدوام بمسؤولية الادارة التقصيرية عندما يكون القرار الاداري معيباً بعيب عدم الاختصاص دون اعتماد هذا التمييز.

الواضح من هذا ان الاستاذ Weil يعتبر عدم مشروعية الاختصاص في القرار الاداري في جميع الحالات كافياً لقيام مسؤولية الادارة عنه(٣١٤).

اننا نميل الى ما ذهب اليه الاستاذ Duez من التفرقة بين وجهي عدم مشروعية الاختصاص لانه الرأي الاقرب الى الصواب واكثر انسجاما مع مسلك القضاء الاداري الفرنسي، اذ ان هذا القضاء يقتصر في بعص احكامه على الغاء القرار الاداري لعيب الاختصاص دون حكم بالتعويض عنه، في حين يقرر في احكام اخرى له الغاء القرار ومن ثم مسؤولية الادارة عنه استنادا الى جسامة عدم مشروعية الاختصاص المتحققة في كل حالة(٣١٥)مثاله حكم مجلس الدولة بمسؤولية الادارة عن عيب عدم الاختصاص الموضوعي بصدور قرار من العمدة بغير تفويض من المجلس البلدي بتكليف احد المهندسين باعداد خطة لتجميل المدينة(٣١٦)، وايضا حكمه بمسؤولية الادارة عن قرار فصل احد الموظفين لصدوره عن جهة غير مختصة(٣١٧)، وعلى خلاف هذه الاحكام نجد ان المجلس الدولة يقضي في احاكم اخرى له في رفض التعويض عن قرارات ادارية معيبة بعيب عدم الاختصاص الشخصي، منها خطأ العمدة في تحديد نطاق سلطاته، وكان القرار سليماً من حيث الموضوع، ورفض المجلس الحكم بالتعويض عن القرارات التي اصدرتها جهة الادارة بشأن بعض الموظفين كان المتعين ان تصدره جهة ادارية اخرى مختصة(٣١٨).

وانتهج مجلس الدولة المصري نهج زميلة مجلس الدولة الفرنسي بخصوص المسؤولية عن عدم مشروعية الاختصاص في القرار الاداري(٣١٩)، فهو لم يحكم

---

(٣١٤) Weil, les consequences de l annulation d un acte administratif pour exces de pourior, 1952, P. 258.

نقلا عن د. محسن خليل، القضاء الاداري اللبناني، المصدر السابق، ص ٦٠٣، -وايضا حمدي ياسين عكاشة، ص٤٠٥.

(٣١٥) قريب من هذا المعنى انظر د. محسن خليل، ١،ص ٦٠٦.

(٣١٦) نقلا عن د. محمود حلمي، القضاء الاداري، المصدر السابق، ص ١٣٤.

(٣١٧) حكم مجلس الدولة في ٢٠ نيسان١٩٣٤مشار اليه في مؤلف د.سليمان الطماوي،القضاء الاداري،المصدر السابق، ص١٦٠.

(٣١٨) انظر د. محمد الشافعي، الصدر السابق، ص٢٧٠-٢٧١- راجع ايضا حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ايلول ١٩٤٤ في قضية- Bour مشار اليه في مؤلف د. محسن خليل، ١،ص٦٠١.

(٣١٩) انظر د. سعيد عبدالمنعم الحكيم، الرقابة على اعمال الادارة في الشريعة الاسلامية والنظم المعاصرة، ط١، دار الفكر العربي ١٩٧٦، ص٤٨٤ ص٤٨٨.

بالتعويض عندما كان عيب الاختصاص في القرار لا ينال من صحته موضوعياً فقد قرر انه "لا مسؤولية على الادارة فيما يتعلق بعيب الاختصاص اذا ما كان الضرر المطالب بالتعويض عنه لاحقاً لا محالة لو ان القرار ذاته صدر من جهة المختصة"[٣٢٠]، كما وقرر محكمة النقض المصرية في احدى احكامها انه "ولما كان ذلك، فان الضرر الذي تدعيه الطاعنة ان صح حصوله كان سيلحقها لا محالة سواء عن طريق القرار الوحيد المعيب او القرار السليم، فليس لها ان تطلب تعويضاً عن هذا الضرر استناداً الى عيب الاختصاص الذي شاب القرار الاول، لإنتفاء رابطة السببية بين هذا العيب وبين الضرر في هذه الحالة" [٣٢١].

اما ما يتعلق بعيب السبب فيعرف بانه "الحالة الواقعية او القانونية التي تدفع الى اصدار القرار الاداري" فقضاء مجلس الدولة الفرنسي ويتبعه في ذلك مجلس الدولة المصري يقرر في بعض احكامه مسؤولية الادارة عن عيب السبب في القرار الاداري، بينما يرفض التعويض في احكام اخرى، فمواقفه ازاء هذا العيب يشوبه الغموض، الا ان الرأي الراجح في الفقه الفرنسي يؤكد ان عيب السبب لا يولد دائما مسؤولية الادارة، وان كان يعمل على الغاء القرار، اذ ان مجلس الدولة الفرنسي يعتمد درجة جسامة الخطأ الكامن في عدم مشروعية السبب ليقرر التعويض عنه، وفقاً لكل حالة على حدة دون صياغة مبدأ عام بهذا الشأن[٣٢٢]. اما الاتجاه الحديث بالنسبة للقضاء الاداري المصري، فانه يرجح مبدأ التعويض عن الاضرار المترتبة عن القرارات الادارية المعيبة بعيب السبب فقد قضت محكمة لقضاء الاداري في ١٩ حزيران ١٩٧٤ بانه متى كان هذه المحكمة قد انتهت الى الحكم بالغاء القرار... لعدم قيامه على اسباب..تبرره وتنتجه.. فان ركن الخطأ يكون متحققاً ... ولا ريب ان هذا القرار قد ألحق الضرر بالمدعي... فان جميع اركان المسؤولية عن القرار الاداري غير المشروع قد توافرت[٣٢٣].

رابعاً – عيب الشكل

عيب الشكل في القرار الاداري هو مخالفة الادارة وعدم احترامها بصورة كلية او جزئية للقواعد الاجرائية والشكلية الواجب اتباعها في اصدارها لتلك القرارات[٣٢٤].

---

(٣٢٠) حكم محكمة القضاء الاداري في ٢٤ حزيران ١٩٥٣- قضية رقم ١١٣٢، السنة خامسة – نقلا عن د. ماجد راغب، المصدرالسابق، ص ٥٠٦–وانظر ايضا، د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية، دار الفكر العربي،بلا سنة طبع، ص٣٤٧.

(٣٢١) حكم محكمة النقض، الصادر ي ٣١ مايو ١٩٦٢ –نقلا عن د. محمود حلمي، ص ٢٦٠.

(٣٢٢) راجع بهذا الصدد ، د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص ٥٠٧– ود. محمد فؤاد مهنا، حقوق الافراد ازاء المرافق العامة، المصدر السابق، ص ١٢٢.

(٣٢٣) حكم محكمة القضاء الاداري في قضية رقم ١٥١ وقضية رقم ٢٠٧ لسنة ٢٧ قضائية –مشار اليه في د. محمود حلمي ، القضاء الاداري، المصدر السابق، ص ٢٦٠.

(٣٢٤) انظر د. محمد الشافعي، المصدر السابق، ص ٢٧١ ود. محمود حافظ، المصدر السابق، ص ١٣٨.

والهدف من قواعد الشكل هو رعاية وتحقيق اعتبارات المصلحة العامـــة[٣٢٥]. ويرجـــع مر تحديد قواعد الشكل في القرار الاداري الى التشريع او اللوائح او القواعد الاداريـــة لتي يقرها القضاء الاداري[٣٢٦]. وان كان عدم مشروعية الشكل فـــي القـــرار الاداري كافياً لالغائه امام القضاء الاداري، الا انه لا تولد مسؤولية الادارة لذا بدأ الفقه بمحاولـة وضع ضوابط يمكن بواسطتها الاهتداء الى درجة عدم مشروعية الشكل الـــلازم لقيـــام لمسؤولية، فأقام الفقيه Duez معياره في هذا الشأن استناداً الى موقف مجلس الدولـــة لمتمثل بعدم تقرير مسؤولية الادارة الا في الاحوال التي يكون فيها الشكل اساسياً امـــا ذا كان الشكل ثانوياً وانه كان بمقدور الادارة اعادة تصحيح شكل القرار فلا يكون هناك محل للتعويض. وبناءاً عليه فان معيار دويز قد يطابق مسلك مجلس الدولـــة الفرنســـي بخصوص عيب الشكل، اذ يقول بأنه وان كان عيب الشكل الاساسي فيها كـــافي لإلغـــاء لقرار الاداري فلا يكون كذلك بالنسبة للتعويض عنه وعلى الاخص عندما تتمكن الادارة -بعد الحكم بعدم مشروعية القرار – من اعادة تصحيح وجه عـــدم المشـــروعية فـــوراً وبحرية كاملة، اما عند عدم تمكنها من تصحيح القرار فان مسؤوليتها تقوم ازاءها، من ثم فانه وصف معياره هذا بانه مجرد توجيه قد يصدق احيانا ويخيب في احيان اخـــرى بسبب عدم ثبات مسلك مجلس الدولة الفرنسي على أسس وقواعد محددة[٣٢٧].

ووفقاً لهذا المعيار فقد تم تقسيم عيب الشكل في القرار الاداري الى ثلاثة انـــواع، لاول عيب الشكل الثانوي ولا يكون سبباً في الالغاء او التعويض، والثاني عيب الشـــكل لاساسي او الجوهري ويؤدي الى الالغاء دون التعويض الثالث عيب الشكل الجوهـــري ويكون سبباً في الالغاء والتعويض[٣٢٨].

ويؤكد الفقية "Waline" ان المسؤولية لا تنعقد بالنسبة للقرارات الادارية التـــي بطلت لعيب الشكل اذا امكن تبرير هذه القرارات الباطلة".

ويرى د. محسن خليل ضرورة نظر القضاء الى درجة الخطأ، فان وجد ان الخطـأ لذي يتضمنه شكل القرار متصفة بالجسامة جاز التعويض عنه والا فانه يكون في وسع لقضاء رفض التعويض بالرغم من الغاء القرار او بطلانه[٣٢٩]. ومن احكـــام مجلس لدولة الفرنسي بخصوص عيب الشكل، حكمه بتعويض احد الموظفين لفصله من غـــير ستشارة مجلس التأديب مقدما لان هذه الشكلية اساسية، كما قضى بخصـــوص عيـــب لشكل الثانوي بان "الغاء القرار سببه عدم اتباع الاجـــراءات المنصـــوص عليـــها فـــي لمادة(٢١) من قانون ١٥ شباط ١٩٠٢، فان هذا لا يؤدي بذاته الى توليـــد مســـؤولية

---

[٣٢٥] اذ ان قواعد الشكل في القرار الاداري تتيح للادارة مجالاً للتدبر والتروي وبالتالي يقل احتمال خطئها وتضرر الافراد سببها ومن ثم عدم تحميل الخزانة العامة اعباء التعويض عن اخطائها، فبلاشك ان مصلحة الاطراف متحققة في ذلك –انظر د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية، المصدر السابق، ص ٢٨٧.

[٣٢٦] خضر عكوبي يوسف، المصدر السابق، ص١٧٧.

[٣٢٧] د. سليمان محمد الطماوي، دروس في القضاء الاداري، المصدر السابق، ٧٣- د. ماجد راغب، المصدر السابق،ص ٣٨٨.

[٣٢٨] د. محسن خليل، القضاء الاداري اللبناني، المصدر السابق، ص٦٠٣- حمدي ياسين عكاشة، المصدر السابق ص٤٠١.

[٣٢٩] د. محسن خليل، المصدر السابق ،ص ٦٠٤.

الادارة"[٣٣٠]. غير ان المجلس اتخذ في احكام اخرى له موقفا معتدلا، اذ رفض الحكم بالتعويض عن الضرر الحاصل نتيجة عدم مشروعية الشكل، ولكنه الزمها بمصاريف الدعوى لثبوت خطأ في جانبها[٣٣١]. كما قررت محكمة القضاء الاداري المصري ان "عيب الشكل لا يكون مصدرا لمسؤولية الادارة بالتعويض ما لم يكن مؤثرا في موضوع القرار[٣٣٢]، وهنا نتساءل عن اثر الاستيفاء اللاحق لشكل القرار على مسؤولية الادارة، وما اذا كان ممكنا تصحيح القرار بعد الحكم بعدم مشروعيته؟ في الاجابة على ذلك يجب اخذ وجهي عدم مشروعية الشكل للقرار بنظر الاعتبار فان كان القرار الاداري قد صدر معيبا بعيب الشكل الثانوي فان أمر تصحيحه لاستيفاء الشكل القانوني الصحيح لا اهمية له لان القضاء الاداري لا يرتب البطلان او المسؤولية في هذه الحالة، ولكن الصعوبة تكمن في امكانية الادارة بعد اصدارها لقرارمعيب بعيب الشكل الاساسي من تصحيحه، وهنا اختلفت آراء الفقهاء. فذهب رأي[٣٣٣] الى انه لا يجوز للادارة ان تقوم بتصحيح الاجراءات والشكليات في القرار الاداري بعد صدوره، لأن ذلك يستوجب ان يكون للاجراء المصحح اثر رجعي يمتد برجعيته ليصحح القرار المعيب منذ ان صدر، وهذا يناقض مبدأ عدم رجعية القرارات الادارية. ومن جانب آخر فان افساح المجال للادارة بتصحيح عيب الشكل في القرار بعد صدوره سوف يجعلها لا تكترث بالاجراءات الشكلية لصدور القرار وان لا تهتم بها نظرا لإمكانية التصحيح اللاحق، فتفقد بذلك شرط الشكل في القرار الاداري كل قيمة قانونية له.

يذهب رأي الاخر[٣٣٤]، الى انه يمكن للادارة تصحيح عيب الشكل بعد صدور القرار تجنبا لإلغائه وتفاديا للمسؤولية عنه. ونحن ننضم الى الرأي الاول القائل بوجوب عدم تمكين الادارة من تصحيح قرارها المعيب شكلا وما اورده من اسانيد لدعمه وهو ايضا يمثل الرأي الراجح على صعيد الفقه والقضاء الاداريين سواء في فرنسا او مصر

---

(٣٣٠) راجع بصدد هذه الاحكام الدكتور سليمان الطماوي،القضاء الاداري-قضاء التعويض،المصدر السابق،ص١٦٠-١٦١- وايضا خضر عكوبي يوسف، المصدر السابق/ ص ١٧٨.

(٣٣١) د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية، المصدر السابق ص ٢٨٧.

(٣٣٢) حكم محكمة القضاء الاداري في دعوة رقم١٤٤٤-مجموعة المجلس،ص ٣٦٧،مشار اليه في مؤلف ماجد راغب،ص ٥٠٥.

(٣٣٣) من انصار هذا الرأي – الفقه Andre de laubadere في مؤلفه السابق، ص ٤٩٣- والاستاذ Waline ورد الاشارة اليه مؤلف د. محسن خليل، ص ٦٠٤- ود. ماجد راغب الحلو، ص ٣٩٧، ود. سليمان الطماوي، الوجيز في القضاء الاداري، المصدر السابق، ص ٤٨٤- ود. محمد الشافعي، المصدر السابق، ص ٢٨٧.

(٣٣٤) المنادون بهذا الرأي هم –

Bonnard precis elemetaire de droit administratif 4 ed, p. 104.

نقلا عن د. محمد الشافعي، ص ٧٨.

Berlia le vice de forme et le controle de la le galite des actes admini stratif R.d.p. 1941. P38,

نقلا عن د.ماجد راغب، المصدر السابق، ص ٣٩٧. ومن الفقه العربي –د. محسن خليل، القضاء الاداري اللبناني، المصدر السابق ص ٢٧٨.

ونستدل على ذلك بما اقره القضاء الاداري المصري في أنه " لا عبرة بالتحقيق اللاحق الذي اجرته المصلحة لان وكيل الوزارة قد ابدى رأيه قبل معرفة النتيجة التي انتهى اليها التحقيق" [٣٣٥].

يتبين من كل ما تقدم ان القضاء الاداري الفرنسي قد فرق بين أوجه عدم المشروعية المتعددة في القرار الاداري، حيث اعتبر بعض هذه الا وجه (عيب مخالفة القانون وعيب الانحراف بالسلطة) متضمنا في ذاته خطأ له صفة الجسامة، وهي تكفي لقيام المسؤولية عنها، في حين ان الاوجه الاخرى لعدم المشروعية لا تتضمن من الجسامة ما يكون كافيا لثبوت مسؤولية الادارة عنها دائما فاختلف قضاء مجلس الدولة الفرنسي في تقرير المسؤولية عنها تبعاً لكل حالة على حده وفقا لدرجة جسامة الخطأ المتحقق في كل حالة.

اما بالنسبة للقضاء الاداري المصري فان مسلكه القديم كان مختلفا عن مسلك زميله القضاء الاداري الفرنسي، اذ كان يساوي بالنسبة لمسؤولية الادارة بين جميع أوجه عدم المشروعية في القرار الاداري، ففي الحكم الصادر في ٢٩ نيسان ١٩٥٣ نص على انه "لا يجوز قصر المسؤولية على حالة الانحراف بالسلطة او ما يعادلها من خطأ جسيم وفقا لما هو مقرر في فرنسا ولكن يكفي لتقرير المسؤولية في مصر ان يصدر القرار معيبا بأي عيب من عيوب عدم المشروعية وان يترتب عليه ضرر دون تخصيص هذا الحكم بعيب الاساءة وحده" [٣٣٦].

ولكن المسلك الجديد للقضاء الاداري المصري يقترب كثيرا من مجلس الدولة الفرنسي لأنه يفرق بين أوجه عدم المشروعية بخصوص التعويض عن الاضرار التي تلحق بالافراد بسبب القرار الاداري، فهو يقوم بالتعويض تارة ويرفضه تارة اخرى وفقا لجسامة الخطأ في كل حالة[٣٣٧]، هذا من الطبيعي ان يتشابه القضاءان في مسلكهما ولاسيما ان مجلس دولة المصري يطبق قواعد المسؤولية الادارة التي صاغها مجلس الدولة الفرنسي الذي يطبقها على ما يعرض عليه من قضايا مسؤولية الادارة.

اما مسلك القضاء العراقي بخصوص مسؤولية الادارة عن قراراتها غير المشروعة، فإنه كان يقتصر على الحكم بالتعويض عند تحقق عدم مشروعية صارخة في القرار دون أن تلغيها او تعدلها وتكتفي احيانا على الحكم بمنع معارضة جهة الادارة صاحبة القرار للمضرور. اما محكمة القضاء الاداري الجديد فإنها تقرر التعويض عن القرارات الادارية غير المشروعة- بأوجه عدم المشروعية الخمس- تبعا لدعوى الالغاء او التعديل للقرار الاداري، كما سنتناول ذلك بالتفصيل في الباب الثاني من هذه الرسالة.

---

[٣٣٥] د. محمد الشافعي، ص٢٧٨.

[٣٣٦] د. محمد فؤاد مهنا، المسؤولية الادارية في تشريعات البلاد العربية، المصدر السابق،ص١٧٧.

[٣٣٧] بهذا الصدد انظر د. منصور ابراهيم العتوم، المصدر السابق،ص٢٢-وايضا د. سعاد الشرقاوي، المصدر السابق،ص١١٤ص١١٥.

-المقصد الثاني-

درجة جسامة الخطأ بالنسبة للأعمال المادية[٣٣٨]:-

يتمثل ألخطأ بالنسبة للأعمال المادية للإدارة في صور متعددة منها العمل غير المشروع والترك والتاخير والاهمال وعدم الاحتياط وعدم التصبر وغيرها[٣٣٩].

فعندما يقوم المرفق او العاملون فيه بعمل مادي منطبع بصورة من صور ألخطأ هذه، فان مجلس الدولة الفرنسي يقرر مسؤولية الادارة دون ان يتقيد في ذلك بقاعدة محددة، وانما يقدر جسامة ألخطأ وفقا لكل حالة على حدة كما سبق القول فيه، متأثرا في تقديره هذا بعوامل عديدة، يرجع بعض منها الى المرفق ذاته والبعض الاخر الى الشخص المضرور[٣٤٠].

لذا فاننا سنقسم هذا المقصد الى نقطتين، نتناول في الاولى العوامل التي تؤثر في خطأ الادارة والتي ترجع الى المرفق العام، وفي الثانية سنعرض العوامل التي تتحكم في ألخطأ والتي ترجع الى الشخص المضرور.

اولا- فيما يتعلق بالعوامل التي ترجع الى المرفق العام وتؤثر في درجة جسامة الخطأ اللازم لمسؤولية الادارة.

في هذه الحالة فان قضاء مجلس الدولة الفرنسي يقرر مسؤولية الادارة عن الاعمال المادية غير المشروع وفقا لإعتبارات عديدة منها:-

١-الصعوبات التي يواجهها المرفق في القيام بخدماته- فكلما كانت الخدمات التي يقدمها المرفق سهلة الاداء، فان مجلس الدولة يتساهل في درجة ألخطأ الموجب لمسؤولية الادارة، اما اذا كانت الخدمات عسيرة الاداء ويستلزمها تحمل صعوبات في

---

[٣٣٨] سوف نركز دراستنا في هذا المقصد على المبادئ التي استقر عليها قضاء مجلس الدولة الفرنسي بشأن مسؤولية الادارة عن اعمالها المادية، ولا نتطرق الى القضاء الاداري المصري لكونه حديث العهد بهذا النوع من المسؤولية حيث كان الاختصاص بنظرها وحتى وقت قريب نسبيا لجهة القضاء العادي التي بدورها كانت تطبق قواعد القانون المدني، لذا فان مجلس دولة المصري لم يستقر بعد في احكامه بشأن هذه المسؤولية على مبادئ محددة. فلا بد ان يطبق ماهو معمول به في قضاء مجلس الدولة الفرنسي. اما الوضع في العراق فاننا ايضا نستبعده في مجال دراستنا هنا لانه كما هو معلوم ان القضاء العادي العراقي كان مختصا بنظر قضايا المسؤولية هذه ويطبق بشأنها قواعد المسؤولية المدنية وحتى بعد انشاء القضاء الاداري فيه، فان هذه القضايا لازالت ضمن اختصاص جهة القضاء العادي وتحكمها قواعد المسؤولية المدنية، كما سنرى ذلك عند الكلام عن مسؤولية الادارة التبعية في المبحث الثاني من هذا الفصل.

[٣٣٩] د.عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي- ألخطأ- و الضرر،ط١، منشورات عويدات، بيروت- باريس، ١٩٨٣ ص٢٩.

[٣٤٠] د. محمد فؤاد مهنا، حقوق الافراد ازاء المرافق العامة، المصدر السابق،ص٤٠٠.

لعمل لإنجازها، فان مجلس الدولة يتشدد في تقدير جسامة ألخطأ الذي يرتب مسؤولية الادارة[٣٤١].

ويسترشد القضاء في تقديره لصعوبة اداء المرفق لخدماته ببعض المؤشرات منها، مراعاة ظروف الزمان والمكان التي يؤدي فيها المرفق خدماته، فبخصوص الظروف الزمانية فقد فرق مجلس الدولة بين ألخطأ المرفقي الذي يصدر عن المرفق في الظروف العادية وبين ألخطأ المرفقي الذي يقع في الظروف الاستثنائية، كالحرب والازمات والكوارث، اذ انه اشترط درجة كبيرة من الجسامة في ألخطأ المرفقي في هذه الظروف لتثبت المسؤولية عليه، لان ادارة المرافق العامة بنفس الكفاءة والدقة اللازمتين في الحروب والقلاقل تكون صعبة ان لم تكن مستحيلة لأنه يتعذر للعاملين في المرافق العامة مراعاة القواعد المنظمة لنشاط هذه المرفق مثل ما تراعى في الظروف العادية. فإذا حلت مثل هذه الظروف التي يقدم فيها المرفق خدمات فلا يؤدي ذلك الى تخفيف المسؤولية فحسب وانما يؤدي الى رفعها بصورة نهائية عن المرفق.

ومن هنا يتبين ان مجلس الدولة الفرنسي يميز بين نوعين من المشروعية في مجال الأعمال الادارية، مشروعية الظروف العادية ومشروعية الظروف الاستثنائية (مشروعية الازمات). كما ويراعي المجلس عند تقديره جسامة ألخطأ المر فقي، ظروفا اخرى اقل اثرا من الاولى، كوقت وقوع ألخطأ كما لو كان ليلا ام انه وقع في اثناء النهار، ويتطلب في ألخطأ درجة اكبر من الجسامة عندما يكون ألخطأ واقعا اثناء الليل[٣٤٢].

اما بخصوص الظروف المكانية فان مجلس الدولة الفرنسي قد راعى مكان عمل المرفق عند تقرير مسؤولية، فهو يتطلب في ألخطأ المرفقي درجة اكبر من الجسامة عندما يؤدي المرفق خدماته في مكان ناء بعيد عن مراكز العمران، وذلك للصعوبات التي تكتنف المرافق العامة عند تأديتها لخدماتها في تلك الاماكن، في حين انه يكتفي بدرجة بسيطة من الجسامة في ألخطأ المرفقي لتقرير مسؤولية الادارة عندما يقوم المرفق بأداء خدماته في المدن والمناطق القريبة منها[٣٤٣].

ووفقا لذلك فقد قرر مجلس الدولة الفرنسي مسؤولية الادارة عن حبس جندي اجنبي كان يعمل في الجيش الفرنسي اثناء الحرب الثانية، وقد اشار الحكم الى انه يجب أن يؤخذ في الاعتبار عند النظر في مسؤولية الادارة طبيعة المصالح التي يقوم بها المرفق، والصعوبات الخاصة التي تلازمه والظروف الاستثنائية التي يعمل فيها، ومن ذلك الاجراءات التي يتولاها اثناء الحرب لصالح الدولة وخاصة في مواجهة

---

(٣٤١) د.عدنان العجلاني، المصدر السابق، ص٣٥٦- د. عبدالغني بسيوني، المصدر السابق، ص٨٥.

(٣٤٢) راجع بهذا الصدد د. محسن خليل، القضاء الاداري اللبناني، المصدر السابق،ص٥٨٨،-و د. سليمان الطماوي، دروس في القضاء الاداري، المصدر السابق،ص٧٣-و د. حسين عثمان، المصدر السابق،ص١٢٠.

(٣٤٣) انظر د. محمد الشافعي، المصدر السابق،ص٣٣٧-و د. سليمان الطماوي، القضاء الاداري- قضاء التعويض.....، المصدر السابق، ص١٦٤ص١٦٥-و د. محمود عاطف البنا، المصدر السابق،ص١٦٥.

الاجانب[٣٤٤]، كما قضى المجلس بأنه في ظروف الزمان والمكان التي تم فيها تحديد اقامة المدعي فإنه ذلك لا يمكن ان يؤدي الى مسؤولية الادارة الا اذا ثبت وقوعها في خطأ جسيم، هذا و رفض المجلس الحكم بمسؤولية الادارة عن الحادث الواقع في وقت متأخر من الليل بسبب تركها بعض الحصى في طريق عام كانت تقوم باجراء بعض التصليحات فيه، ولم تكن الاضاءة عندها بدرجة كبيرة، استنادا الى ان الحادث واقع في ساعة متأخرة من الليل فينبغي ان تتوافر في ألخطأ درجة كبيرة من الجسامة حتى تثبت مسؤولية الادارة عنها[٣٤٥].

٢-أعباء المرفق والوسائل التي يلجأ اليها لمواجهة التزاماته- لاشك في ان جسامة الاعباء الملقاة على عاتق المرفق وما لديه من وسائل وامكانيات لمواجهتها له دور لا يخفى في تقرير درجة ألخطأ اللازمة توافرها لقيام مسؤولية هذه المرافق، فكلما كانت اعباء المرفق كبيرة و وسائله محدودة لمواجهة هذه الاعباء فانه يتطلب درجة عالية من الجسامة في ألخطأ تتناسب مع هذه الاعباء،[٣٤٦] ومن جانب آخر فان للوسائل التي يلجأ اليها المرفق اثرها في تقرير مسؤولية الادارة عن اخطائه، ويتضح ذلك بشكل خاص في مجال اعمال مرفق الضبط وما يحتاجه للمحافظة على الامن العام، اذ يضطر للجوء الى استخدام الاسلحة النارية و غيرها من الوسائل التي تعرض الافراد الى مخاطر استثنائية.

وبصورة عامة فان مجلس الدولة يشترط في خطأ مرفق المحافظة على الامن ان يكون جسيماً حتى يقرر مسؤوليته عنه. وهذا امر منطقي اذ لا تكليف الا بما في الوسع ويجب الا يطالب من الادارة اكثر من الحرص العادي في مواجهة الامور، وهذا الحرص في العادة يعتمد على التناسب بين المرفق والوسائل المخصصة لأداء خدماته[٣٤٧].

وقد تجسدت هذه الاعتبارات في مبدأ ردده المجلس في بعض احكامه، وفحواه ان الادارة تكون مسؤولة عن كل خطأ يمكن تجنبه بالحرص العادي (**entretien normal**)، وانها لاتسأل عن كل خطأ لا يمكن تجنبه الا باتخاذ اجراءات غير عادية[٣٤٨]. ومن اهم احكام المجلس في هذا المجال، حكمه الصادر في قضية **Soual** حيث رفض فيه الحكم بمسؤولية الادارة لأنها لم ترفع عائقا وضعه مجهول في الطريق العام ليلا مما تسبب عنه اصابة راكب دراجة بجراح[٣٤٩]. كما رفض الحكم بمسؤولية الادارة عن حادث غرق احدى السفن نتيجة لالقاء مجهول لجسم صلب في احدى

---

(٣٤٤) حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٦٠/٦/١ في قضية **Raza findrakoto** – مجلة القانون العام الفرنسية، ١٩٦١،ص٣٦٥–نقلا عن د. طلال عامر المهتار، المصدر السابق،ص٢٧٤.

(٣٤٥) حكم مجلس الدولة الصادر في ٣١ يناير ١٩١٧ في قضية **Champajne**– المجموعة ص١٠٦– نقلا عن د. سليمان الطماوي، القضاء الاداري– قضاء التعويض..... المصدر السابق،ص١٦٤.

(٣٤٦) راجع د. محسن خليل القضاء الاداري اللبناني،ص٥٨٨–د. ماجد راغب الحلو. المصدر السابق،ص٤٩١،

(٣٤٧) **ReneChapus,op.365,No.366.**

(٣٤٨) د. سليمان محمد الطماوي. دروس في القضاء الاداري. المصدر السابق،ص٧٥.

(٣٤٩) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٥ ابريل سنة ١٩١٧، المجموعة،ص١٤٣–نقلا عن د. ماجد راغب،ص٤٩١.

لقنوات، حيث لم يكن من المعقول ان يقوم المشرفون باكتشاف الحادث اذ لم يكن هناك ما يسترعي انتباههم وان الغرق قد وقع عقب القاء هذا الجسم بقليل ولم تكن للادارة لوسيلة التي تمكنها الكشف عن قاع القناة باستمرار[٣٥٠]. وكذلك مسؤولية الادارة عن لحوادث الناجمة عن قمع المظاهرات[٣٥١].

٣-مراعاة طبيعة المرفق واهميته للمجتمع- تتفاوت المرافق العامة في اهميتها بالنسبة للمجتمع ووفقا لذلك فإن القضاء الاداري يتطلب في ألخطأ المرفقي درجة كبيرة من الجسامة لكي يرتب المسؤولية بالنسبة لبعض المرافق نظر لطبيعتها واهمية الدور الذي تقوم به في الدولة مما يستوجب عدم شل نشاطها بالتهديد المستمر برفع دعاوي التعويض عليها. كما انه يتطلب بالنسبة لمرافق عامة اخرى ان يكون ألخطأ جسيما او خطراً (Faute grave) او ان يكون ألخطأ ظاهر الوضوح (manifested une Faute) او ان تكون جسامة الخطأ إستثنائية في حين يتساهل المجلس في درجة الخطأ اللازم لمسألة الادارة عن اخطاء المرافق العامة الاخرى ذات الاهمية القليلة او المحدودة لأن امر مساءلتها لا يعرض مصالح المجتمع للخطر[٣٥٢]. ويتجلى ذلك بصورة خاصة فيما يتعلق بمرفق البوليس الذي يهدف الى حماية النظام العام بمدلولاته الثلاث- الصحة العامة والسكينة العامة والامن العام-فمهام هذا المرفق تتضمن درجة كبيرة من الاهمية بالنسبة للمجتمع، وهذا ما يفرض ان يجري تقدير الاخطاء المنسوبة اليه بدقة حتى لا يسأل الا عن خطئه الجسيم او ذات درجة كبيره من الجسامة. كذلك الحال بالنسبة لمرفق الصحة الذي يؤدي خدمات اساسية ويتعامل مع فئات معينه من المجتمع فيشترط مجلس الدولة لتقرير مسؤولية هذا المرفق اثبات خطأ جسيم ازاءه، هذا ويزداد تشدد المجلس في درجة جسامة ألخطأ بالنسبة لمسؤولية مستشفيات الامراض العقلية لما يناط بها من مهام حماية اشخاص خطرة كالمجانين، اما بشأن مرفق تحصيل الضرائب ومرفق مكافحة الحريق، فطبيعة هذين المرفقين تستدعي بذل عناية تامة وحرص شديد كي لا تضيع مستحقات الادارة بالتقادم او بسبب تهرب الممولين بالنسبة

---

(٣٥٠) حكم مجلس الدولة الصادر في ٢ حزيران ١٩١٣ في قضية (Rost) المجموعة، ص٧٢١.

مشار اليه في مؤلف د. سليمان الطماوي، دروس في القضاء الاداري،ص٧٤.

(٣٥١) مثال ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٣ مارس ١٩٢٥ في قضية (clef)التي تتلخص وقائعها في ان احد المتظاهرين قبض عليه البوليس و اودعه في احدى المراكز، وهناك اعتدى عليه بالضرب مما تسبب في اصابته بجراح، فحكم له المجلس بالتعويض ,ولكن المجلس اخذ يفرق في هذا المجال بين الحالتين، حالة ما اذا كان المصاب قد خرج بارادته للتظاهر والاخلال بالامن، وهنا يتشدد في درجة جسامة ألخطأ لتقدير مسؤولية الادارة وحالة التي يقبض الامن على بعض الافراد جزافا ويودعهم في مراكز الامن، فيقر المجلس لهؤلاء بالحق في اعتبار انفسهم في مامن من كل اعتداء او تعذيب بعض النظر عن التهم المنسوبة اليهم فيكتفي المجلس باي درجة من ألخطأ لثبوت مسؤولية الادارة-انظر د. محمد فؤاد مهنا، مبادئ واحكام القانون الاداري، المصدر السابق،ص٧٦٨-و د. محمود عاطف، المصدر السابق،ص١٦٦-و د. سليمان الطماوي، القضاء الاداري- قضاء التعويض، المصدر السابق،ص١٦٦.

(٣٥٢) د. محمد فؤاد مهنا، حقوق الافراد الاداري اللبناني، المصدر السابق،ص٥٨٩-و د. محمد الشافعي، المصدر السابق،ص٣٣٧.

للمرفق الاول، وللمخاطر التي يواجهها رجال الاطفاء من اعمالــــها بالنســـبة للمرفــق الثاني، مما تقدم يتضح ان مجلس الدولة كان لا يقرر المســـؤولية بالنســـبة اليـــهما الا باثبات ألخطأ الجسيم او بالغ الجسامة من قبلهما، وذلك للعمل على عدم اعاقـــة هذيــن المرفقين في اداء الخدمات المنوطة اليهما في المجتمع[٣٥٣]. ولمجلس الدولة تطبيقـــات بصدد مسؤولية هذه المرافق، منها حكمه بمسؤولية الادارة عن ارتكاب سلطة البوليـس خطئا ظاهرا بالغ الجسامة وصل الى حد شبه مشاركة في القتل، ومسؤولية الادارة عـن اهمال مرفق الصحة في اعداد الرعاية الطبية اللازمة اثناء اقامة احدى الاحتفالات، كمـا قرر مسؤولية مرفق تحصيل الضرائب عن توقيعه الحجز على اموال احد المموليـن دون مبرر قانوني او بيعه لأموال احد الممولين على الرغم من انه سدد الضرائـــب، وكذلـك قرر المجلس مسؤولية مرفق مكافحة الحريق عن وصول رجاله الــــى مكـــان الحريــق متأخرين، والنقص الكبير في الادوات وعدد الرجال الذيـــن يســـتخدمون فـــي مواجهـة الحرائق[٣٥٤]. ويعترض الاستاذ chapus على فكرة التمييز بين المرافق العامـــة وفقـا لأهمية كل منها بالنسبة الى المجتمع، فهو يقول انه من المستحسن عدم الاستناد الـــى تلك الفكرة لتبرير الحلول القضائية التي يلجأ اليها مجلس الدولة لوجود مرافـــق كثـــيرة الاهمية- كمرفق التموين في ظروف الحرب- ورغم ذلك لم يشترط ألخطأ الجسيم لتقرير مسؤوليته، كما يظهر ذلك من حكم المجلس في ١٩٤٧/١٢/٥ في قضية Ruel. كمـا وان المرفق الواحد لايتصور ان تختلف اهميته الاجتماعية، بموجب الخدمات التي يقـوم بها، فضلا عن ذلك فان في المرفق الواحـــد- كمرفـــق الضبـــط الاداري- قـــد يتطلـب لمساءلته في بعض الاحيان ألخطأ البسيط وفي احيان اخرى يلزم ثبوت ألخطأ الجســـيم اعتمادا على درجة صعوبة الاعمال التي يقدمها.

ومن جهة اخرى يصف- شابي- التفرقة بين درجات ألخطأ اللازمة لمســـؤولية الادارة تبعا لأهمية الدور الذي يقوم به المرفق، بانها غير مقبولة من ناحية المبدأ، فهو يؤكد ما قاله الاستاذ Waline من انه لا توجد مرافق عامة من الدرجة الثانية نظـــرا لان كل مرفق عام ينشئه المشرع لاتقل اهميته عن مرفق عام اخر، وان في اجراء ايـة تفرقة بين المرافق من حيث الاهمية لا يمكن ان تستند الى اساس من القانون ولا يمكن ان تعبر الا عن وجهة نظر القائل بها[٣٥٥]. واننا نؤيد ماذهب اليه الاستاذ chapus فـي وجوب عدم التفرقة بين المرافق العـــامة قياســـا علـــى اهمية دورهـــا فـــي اداء الخدمات للمجتمع، وعلـــى الاخص فـــي عصـــرنا الحاضـــر الذي يشهد فيـــــه المجتمـــع تطورات ســـريعة فـــي كـــل المجـــالات ومـــا ينتـــج عنهـــا مـــن ظـــــهور حـــاجـــات عامـــة جديـــدة فيتوجـــــب علــــى الــــدولة

---

[٣٥٣] راجع د. محسن خليل، القضاء الاداري اللبناني، المصدر السابق،ص٥٨٩-و د. محمد الشافعي، المصدر السابق، ص٣٣٧

[٣٥٤] راجع بشان هذه الاحكام كل من-د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص٤٩١- والدكتور محمود حلمي، القضاء الاداري، المصدر السابق، ص٣٢٣-و الدكتور سليمان الطماوي، القضاء الاداري، قضاء التعويض..، المصدر السابق،ص١٧٨ص١٨١ و د. عبدالغني بسيوني، المصدر السابق،ص٨٧.

[٣٥٥] Rene chapus ,op.cit.p.367.

مواجهة هذه الحاجات واشباعها عن طريق انشاء مرافق جديدة او تطوير المرافق القائمة، وبالتالي يكون من غير المنطقي التفرقة بين مرفق واخر تبعا للأهمية الاجتماعية لكل منها خصوصا و ان حقيقة الامر تؤكد عدم امكان الاستغناء عن خدمات أي مرفق من هذه المرافق وهذا ما يثبت عدم جدوى تلك التفرقة. ولكن هذا لا يعني ان التفرقة التي اقامها مجلس الدولة الفرنسي تعتبر غير صحيحة على اطلاقها بل ان هذه التفرقة وبالاخص فما يتعلق بالمهام التي تقوم بها المرافق ودرجة جسامة ألخطأ اللازمة لقيام مسؤوليتها يجب عدم اثارتها الا في الظروف غير العادية او عند الازمات و بالنسبة لبعض المرافق التي يطلب منها في تلك الظروف بذل اقصى الجهود الممكنة في نشاطها لمواجهة هذه الظروف، فلابد والحالة هذه استلزام القضاء درجة اكبر من الجسامة في خطأ المرفق ليترتب عنه مسؤوليته.

ثانيا-العوامل التي تتعلق بالمضرور التي تحدد درجة جسامة ألخطأ لمسؤولية الادارة.

١-مراعاة مركز المضرور ازاء المرفق- يكون لمركز المضرور بالنسبة للمرفق العام تاثير في درجة ألخطأ اللازمة لمسؤولية الادارة عنه، ويفرق مجلس الدولة الفرنسي بهذا الصدد بين ما اذا كان المضرور ينتفع مباشرة من المرفق الذي تسبب في الضرر او انه غير منتفع منه، وبصورة عامة فان المجلس يتشدد في درجة جسامة ألخطأ عندما يكون المضرور مستفيدا من المرفق" و المستفيد عادة يكون على علاقة قانونية بالمرفق الذي تسبب في الحاق الضرر به، فلا يجوز له مساءلة الادارة عما اصابه من ضرر الا بعد ان يثبت ان المرفق قد ارتكب خطئا وكان هذا ألخطأ على درجة غير عادية من الجسامة، كأن لم يؤد المرفق المهام المنوطة به بصورة حسنة، اما عندما يكون المضرور غير مستفيد من المرفق بصورة مباشرة، فان قضاء مجلس الدولة يتساهل في درجة ألخطأ المطلوبة لتقرير مسؤولية الادارة على اساس ان المضرور لم يكن منتفعا من المرفق مقابل الضرر الذي اصابه، ولم يكن قد دخل في اية علاقة قانونية مع المرفق ولم يساهم في احداث الضرر الذي اصابه، فيكون منافيا للعدالة وغير منطقي حرمانه من التعويض بإشتراط درجة كبيرة من الجسامة في ألخطأ[٣٥٦].

وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي الى اكثر من ذلك عندما فرق في الحكم بين المستفيد الذي يلجأ مختارا للاستفادة من خدمات المرفق و بين الشخص الذي يكون مضطرا للإستفادة من خدمات المرفق العام فيتشدد في درجة جسامة ألخطأ الموجبة لمسؤولية الادارة بالنسبة للاول بينما يكتفي بأي مستوى من ألخطأ بالنسبة للثاني، فحكم مجلس الدولة بعدم مسؤولية الادارة ازاء المضرور الذي كان يسير في الطرقات

---

(٣٥٦) راجع بهذا الصدد، ماجد راغب الحلو، المصدر السابق،ص٤٩٢- والدكتور سامي جمال الدين، الرقابة على اعمال الادارة،ط١، منشاة المعارف بالاسكندرية، ١٩٨٢،ص١٧٩-و د. سليمان الطماوي، القضاء الاداري- القضاء التعويض، المصدر السابق،ص١٦٩.

العامة لا بهدف قضاء مصالح معينة، و انما ليشبع رغبته في حب الاستطلاع و تعريض نفسه لخطر الذي يصيب المتظاهرين.

كما فرق المجلس في مجال مسؤولية الادارة بين المضرور الذي ينتفع من خدمات المرفق بمقابل وبين المنتفع منها مجانا، فيتساهل في درجة ألخطأ اللازمة للمسؤولية للمنتفع الاول و يتشدد بالنسبة للثاني كما هو واضح في حكمه في قضية Domelievinالذي قرر فيها عدم مسؤولية الادارة عن الحادث الذي وقع حيث كان المضرور يركب دون مقابل في سيارة عسكرية الا اذا ثبت خطا السائق[٣٥٧].

وينبه الاستاذ chapusهنا الى أن صفة المنتفع او الغير بالنسبة للمرفق العام لا تؤثر في شروط مسؤولية الادارة أي في درجة ألخطأ فيها، لكنها تؤثر في تقدير التعويض بالنسبة لكل منها على اساس ان المنتفع المجاني من خدمات المرفق قد عوض جزئيا بإستفادته من خدمات المرفق[٣٥٨].

٢-دور المضرور في احداث الضرر- اذا كان لمركز المضرور ازاء المرفق اعتباره في تقرير مدى مسؤولية الادارة، فان لدور المضرور في احداث الضرر ودرجة مساهمته فيه اثره الاكبر في تحديد نطاق هذه المسؤولية وما يستحقه المضرور من تعويض. و لما كان الهدف الاساسي من مبدأ مسؤولية الادارة هو تعويض الافراد عما يصيبهم من ضرر بسبب النشاط الاداري وليس معاقبة المرفق الذي ينسب اليه ألخطأ، لذا فان مجلس الدولة ينظر الى موضوع المسؤولية من زاوية المضرور وحقوقه ازاء المرفق وما يجب ان يتمتع به من حماية لمواجهة عدوان الادارة لا من زاوية المرفق الذي تسبب في الضرر فقط كما كان عليه الحال في السابق[٣٥٩]. ولكن رغم ذلك فان دور المضرور الايجابي في احداث الضرر والخطأ المنسوب اليه، يكون من شأنهما تخفيف مسؤولية الادارة، ومن ذلك اقتراب احد الافراد كثيرا من المكان المهيأ لإطلاق الصواريخ فيعترض نفسه للخطر أي انه يساهم في احداث الضرر باقترابه من مكان الحادث، او محاولة شخص عبور شارع تزدحم فيه حركة المرور الى حد كبير دون يتأكد مسبقا عما اذا كان في مقدوره فعل ذلك[٣٦٠]. وقد يكون دور المضرور في وقوع النتيجة الضارة كافيا لإستبعاد مسؤولية المرفق بصورة كاملة، كما لو خالف المضرور تعليمات رجال الشرطة فضلا عن مهاجمته لهم مما اضطرهم الى قتله[٣٦١].

---

(٣٥٧) انظر د. محمد فؤاد مهنا مبادئ واحكام القانون الاداري، منشاة معارف بالاسكندرية، بدون سنة طبع،ص٧٦٨-و د. سليمان الطماوي، دروس في القضاء الاداري، المصدر السابق،ص٧٦.

(٣٥٨) Rene chapus,op.cit.p.277.

(٣٥٩) Andre de lau badere, op. cit p. 754 N: 1227.

(٣٦٠) انظر د. سليمان الطماوي، القضاء الاداري، القضاء التعويض....، المصدر السابق،ص١٦٩-و د. عدنان عجلاني، المصدر السابق،ص٣٥٦-و د. سامي جمال الدين، المصدر السابق،ص١٨٠.

(٣٦١) حكم مجلس الدولة في ١٨ مارس ١٩٣١ غي قضية lapoul-المجموعة ص٤٦٧- مشار اليه في مؤلف د. سليمان الطماوي، ص٧٠.

يظهر مما تقدم أن مجلس الدولة الفرنسي يتطلب في ألخطأ بالنسبة لبعض المرافق ان يكون على درجة معينة من الجسامة ليترتب عنه مسؤولية الادارة، و انه يكتفي احيانا بالخطأ البسيط لمساءلته بينما يشترط في احيان اخرى ألخطأ الجسيم او ألخطأ على درجة استثنائية من الجسامة لتقرير مسؤولية الادارة وبهذا فإنه يقر فكرة تدرج ألخطأ. اما القضاء العادي فإنه يستلزم للحكم بمسؤولية الادارة مجرد صدور خطأ عنها و بصرف النظر عن جسامته و يستهدي في التعرف على ألخطأ بمعيار موضوعي و هو مقارنة سلوك المسؤول بسلوك شخص عادي في مثل الظروف الخارجية التي كانت تحيط به، فاذا تبين انه انحرف عن سلوك الشخص العادي اعتبر مخطئا فتقوم مسؤوليته دون البحث فيما اذا كان ألخطأ جسيما ام لا[٣٦٢]، أي ان القضاء العادي لا يأخذ في الاعتبار تلك العوامل التي يستند اليها القضاء الاداري عند الحكم بمسؤولية الادارة[٣٦٣].

يتبين من كل ذلك ان القواعد الادارية في هذا المجال تعتبر اكثر تقدما من القواعد المدنية، فيصبح من الاجدر للقضاء العادي تبني المبادئ التي استقر عليها القضاء الاداري بهذا الشأن.

الفرع الثالث– تطور العلاقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي ومسؤولية الادارة :–

ان من الأهمية بمكان معرفة تطور علاقة الخطأ الشخصي بالخطأ المرفقي ومسؤولية عنهما، اذ ان القضاء الاداري الفرنسي قد طبق مبدأ الفصل التام بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي في بادئ الامر، وقصر مسؤولية الادارة على الأخطاء المرفقية لموظفيها فقط دون الاخطاء الشخصية. الا ان عدم استناد هذا الفصل الى اساس منطقي سليم، ولعدم مقدرة الخطأ المرفقي من مواجهة جميع حالات المسؤولية الادارية، ولأن خطأ الموظف يتخذ احيانا ميزة الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي في ذات الوقت، كل ذلك ادى بالمجلس الى العدول عن مبدأ الفصل لعدم جدوى تطبيقه، فقرر مسؤولية الادارة عن طائفة كبيرة من الاخطاء الشخصية للموظفين[٣٦٤].ولبيان كل ذلك،سنتناول بالدراسة في هذا الفرع، مسؤولية الادارة عن الخطأ الشخصي لموظفيها وذلك في المقصد الاول، اما في المقصد الثاني فسنتطرق الى موضوع وثيق الصلة بمسؤولية الادارة وهو اثر اوامر الرئيس الاداري على طبيعة اخطاء الموظفين

---

(٣٦٢) على ان النصوص المدنية تشترط احيانا في الاخطاء الفنية ان تكون جسيمة، فمسؤولية الطبيب او المستشفى لا تقوم الا بثبوت خطأ مهني جسيم من جانبهما– للمزيد من التفصيل انظر د. احمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب، مطبعة ذات السلاسل، الكويت، ١٩٨٦،ص٤٣ و د. حسن زكي الابراشي، مسؤولية الاطباء الجراحين المدنية في التشريع المصري و القانون المقارن، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة بلا سنة طبع،ص٢١ص٢٥.

(٣٦٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المصدر السابق،ص٨١٧.

(٣٦٤) د. محمود عاطف البنا، المصدر السابق، ص١٨٤.

ونخصص المقصد الثالث لدراسة موقف المشرع والقضاء العراقيين من فكـرة التميـيز بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي.

- المقصد الاول -

مسؤولية الادارة عن الخطأ الشخصي:-

ان مسؤولية الإدارة عن الاخطاء الشخصية للموظفين لم تقرر دفعة واحدة، كمـا وانها لا تعني ان جميع حالات الخطأ الشخصي تقوم مسؤولية الادارة عنها، ولهذا رأينـا ان نكرس هذا المقصد لدراسة حالات المسؤولية عن الاخطاء الشخصية والتي تمثل فـي نفس الوقت التطور الزمني لهذه المسؤولية وذلك في ثلاث نقاط متتالية:-

اولا-الجميع في المسؤولية بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي:

طبقا للقواعد العامة في المسؤولية الادارية، لا يمكن مساءلة موظف عن الضـرر الواقع اثناء ممارسة وظائفه الا اذا نسب اليه خطأ شخصي أي خطأ عمدي او جسـيم، وعندئذ تجري مقاضاته امام جهة القضاء العادي. اما الاخطاء الاخرى وهي ما تسـمى بالاخطاء المرفقية فلا تقوم بسببها سوى مسؤولية الادارة والتي يجب آنذاك مقاضاتـها امام جهة القضاء الاداري[٣٦٥].

وقد جرى القضاء التقليدي لمجلس الدولة الفرنسي في بادئ الامـر علـى مبـدأ الفصل التام بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي، فأعتبر الضرر الذي يصيـب الافـراد راجعا بأساسه اما الى خطأ شخصي خالص للموظف، واما الى خطأ مرفقي ينسب لجهة الادارة[٣٦٦]، ونتيجة لتطبيق هذا المبدأ وبسبب ازدواج القضاء واستقلال كل جهة عـن الأخرى كان في إمكان المضرور ان يعرض النزاع على القضاء العادي فيقرر ان فعـل الضار هو خطأ شخصي يتحمل الموظف نتائجه، وان يعرض الامر في نفس الوقت علـى القضاء الاداري وربما يحكم بأن الواقعة هي خطأ مرفقي يتوجب على الادارة تعويـض المضرور بسبب ذلك الخطأ. وبذلك يكون المضرور قد حصل على تعويضين عن ضـرر واحد ولكن هذا الامر غير جائز ولا يمكن القبول به لا من وجهة النظر القانونية ولا من حيث قواعد العدالة[٣٦٧]، ورغم تطبيق القضاء لمبدأ الفصل التام بين الخطأ الشـخصي والخطأ المرفقي كحقيقة مسلم بها، لم يحاول الفقه ايجاد تبرير لها، فتولى العميد ليـون ديكي ذلك عام ١٩١٣، وربط مبدأ الفصل هذا بأساس مسؤولية الادارة قائلا "ان القانون العام الحديث لا يسلم بمبدأ مسؤولية الادارة باعتبارها شخصا معنويـا، ولكـن علـى اساس ان هذه المسؤولية تقوم كضمان يؤمن الافراد ضد المخاطر الناجمة عـن نشـاط

---

(٣٦٥) H.L. Mazeaud et tunc, op. cit. P. 925. No. 819.

(٣٦٦) د.محسن البيه، المسؤولية المدنية للمعلم، ط١، مطبعة ذات السلاسل، الكويت، ١٩٩٠، ص١٨٢.

(٣٦٧) د. محمود فؤاد مهنا، حقوق الافراد ازاء المرافق العامة، المصدر السابق، ص ٤٠١.

المرافق العامة" و اكد ان مسؤولية الادارة لا تقوم الا عندما يكون الفعل الضار منسوبا الى المرفق العام، اما الاعمال الضارة الاخرى التي تنسب الى الموظف فلا يمكن مساءلة الادارة عنها لان اساس مسؤوليتها هو ضمان مخاطر المرفق ولا يتحقق هذا الضمان عندما يكون الضرر ناتجا عن عمل موظف منبت الصلة بالمرفق[٣٦٨]، وينتقد الفقيه جيز التبرير الذي قدمه العميد ديكي-فهو -الفقيه جيز- يرفض ان تكون لقاعدة الفصل هذه اية علاقة باساس مسؤولية الادارة بدليل ان قاعدة الفصل بين الخطئين فكرة تقليدية طبقها القضاء الاداري قبل ان يأخذ بفكرة المخاطر كأساس لمسؤولية الادارة، علاوة على ان فكرة التمييز بين الخطأ الشخصي والمرفقي لم تبتدع في عالم القانون لتحديد الحالات التي تكون الادارة مسؤولة وانما جاءت لحماية الموظف كي لا يسأل عن الاخطاء التي تصدر عنه وهو يؤدي واجبات وظيفته، لذلك يجب ان لا يبالغ في العمل بهذه القاعدة الا حيث تتحقق الحكمة منها.

ومن جانب اخر ينتقد هذا الفقيه قاعدة استقلال الخطئين وعدم الجمع بينهما، فهو يرى ان الفرق بين الخطأ الشخصي والمرفقي مسألة درجة وليس اختلافا في الطبيعة الذاتية لكل منها، حيث يعتبر الخطأ حتى درجة معينة خطأ مرفقيا، فاذا تعداها اعتبر خطئا شخصيا، ثم انه يتساءل قائلا كيف يمكن ان نبرر منطقيا كون الاختلاف في الدرجة التي غالبا ما تكون محلا للخلاف سببا في تغير القواعد القانونية التي يخضع لها كل من الخطئين؟!.[٣٦٩] فالمنطق في نظر هذا الفقيه يستوجب اعتبار ان المرفق هو الذي ارتكب الخطأ في الحالتين، فتتحقق بذلك مصلحة المتقاضين في عدم تعرضهم لمشاكل ترجع الى سوء تقديرهم للخطأ من كونه شخصيا او مرفقيا، اذ قد يعتقد ان خطأ ما شخصي، وهو في حقيقة الامر مرفقي فتقام الدعوى امام القضاء العادي، فيحكم بعدم الاختصاص، او يقبل الفصل فترفع الادارة اشكال التنازع فتتعقد الامور فيضيع الجهد والوقت هدرا[٣٧٠]، كما يتصف مبدأ عدم الجمع بين المسؤوليتين بأنه تعسفي وغير صحيح اذ انه يقرر سلفا ان الضرر اما ان يرجع الى خطأ شخصي محض او الى خطأ مرفقي محض، مع انه في الواقع يكون مرجع الضرر في اغلب الاحيان اشتراك اخطاء متعددة مرفقية وشخصية او ان يرجع الضرر الى فعل واحد يجتمع فيه صفات كلا الخطئين[٣٧١]، ولما لم يكن الفصل التام بين نوعي الخطأ قائما على اساس قانوني سليم، وما نتج عن تطبيقه من نتائج سيئة، وبتاثير ما وجه اليه الفقهاء من انتقادات، تغير مسلك القضاء الاداري في معالجة هذه المشاكل اخذا بنظر الإعتبار الافكار الفقهية المطروحة بهذا الصدد والعمل بالمقترحات الصادرة عن مفوضي الحكومة فاخذ المجلس بالتخلي عن فكرة الفصل التام بين نوعي الخطأ بصورة تدريجية متبنيا حلولا جديدة في

---

(٣٦٨) انظر في هذا- العميد ليون ديكي، دروس في القانون العام، المصدر السابق، ص٤٩ص٥٠-وايضا د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الاداري ، قضاء التعويض. المصدر السابق، ص١٨٣.

(٣٦٩) راجع د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص٢٨٤-و د. سليمان محمد الطماوي، ص ١٧٤. ود. محمود عاطف، المصدر السابق، ص ١٨٨.

(٣٧٠) Andre de laubadere, op. cit. P.705. No. 1227.

(٣٧١) انظر د. عبدالرحمن نورجان الايوبي، المصدر السابق، ص١٦٠ص١٦١-ود. محمد الشافعي ابو راس، المصدر السابق، ص ٢٣٨.

هذا المجال[٣٧٢]،فقد اقر المجلس امكانية الجمع بين نوعي الخطأ، وسلم بأن الضرر قد ينشأ عن هذين الخطئين في وقت واحد، وهذه نتيجة منطقية ومعقولة ولا تتنافى مع المبادئ الاساسية التي تقوم عليها نظرية الخطأ المرفقي كما صاغها مجلس الدولة الفرنسي، ولكنها تتنافى الى حد ما مع فكرة عدم الجمع في تفسيرها الضيق القائل بأن احد الخطئين يستبعد الخطأ الاخر الى حد ان لا نجد امامنا الا خطأ واحد[٣٧٣].

مهما يكن من امر فان مجلس الدولة الفرنسي قد اقر للمرة الاولى مبدأ الجمع في حكمه الصادر في ٣شباط ١٩١١ في قضية السيد Anguet وتتلخص وقائع هذه القضية في ان السيد Anguet ذهب الى احد مكاتب البريد لاستلام قيمة حوالة، ولكن المكتب اغلق الباب المخصص للجمهور قبل موعد المحدد بخمس دقائق، فاشار عليه احدهم بالخروج من الباب المخصص للموظفين، فلما اضطر للخروج من هذا الباب اشتبه به اثنان من العاملين وظنوه لصا فاعتدوا عليه بالضرب والقوا به خارج المبنى، فوقع أرضا مما تسبب عنه كسر ساقه[٣٧٤].وقد اثار تسائل حول امكانية الجمع بين مسؤولية الادارة والمسؤولية الشخصية للموظفين على اساس الخطأ..حيث ساهمت في احداث الضرر عدة اخطاء منها اغلاق الباب الرئيسي قبل الموعد المحدد من قبل مكتب البريد، واعتداء العمال على المضرور بالضرب، ومن ثم سوء حالة عتبة الباب ولغرض تكييف هذه الاخطاء وفقا للمعايير الفقهية المطروحة بهذا الصدد والتي سبق ذكرها، ولما كان المعيار المرجح عندنا هو المعيار الذي جاء به الفقيه هوريو وعند تطبيقه على وقائع هذه القضية يتبين ان الموظف الذي اغلق الباب الرئيسي للمرفق قبل الموعد المقرر قانونا لينهي الاعمال فيه هو مرتكب الخطأ الشخصي لانه منفصل عن المرفق انفصالا ذهنيا اذ ان اغلاق الباب هو من احد واجبات الموظف ولكنه استهدف من اغلاقه في وقت مبكر تحقيق مصلحة شخصية لنفسه وهو الإنصراف من العمل قبل اوانه لا علاقة له بالمرفق،بينما نرى ان قضاء مجلس الدولة قد اعتبره خطئا مرفقيا.اما فعل الاعتداء فهو خطأ منفصل انفصالا ماديا عن مهام المرفق فهو خطأ شخصي من هذا الوجه، ولكن كان الغرض منه خدمة المرفق العام اذ قام بذلك حماية لأمن وسلامة المرفق، ولذلك فان الخطأ هنا يكون متصلا بالوظيفة اتصالا ذهنيا لان الموظف كان حسن النية في فعل الاعتداء هذا ولم يكن بدافع شخصي،فيمكن اعتبار الخطأ من هذا الوجه خطا مرفقيا،ولكن المجلس عد هذا الخطأ خطئا شخصيا للعمال ولربما استند المجلس في ذلك الى معيار جسامة الخطأ معتبرا فعل الاعتداء خطئا جسيما يستتبع المسؤولية الشخصية للموظف،اما سوء حالة عتبة الباب فمما لاجدال فيه انه خطأ مرفقي سواء في تقديرنا

---

[٣٧٢] د. عدنان العجلاني، المصدر السابق، ص٣٦٤.

[٣٧٣] راجع د. محسن خليل، القضاء الاداري اللبناني، المصدر السابق، ص٥٧٨ ص٥٧٩-ود. سليمان الطماوي، دروس في القضاء الاداري، المصدر السابق، ص٨٣.

[٣٧٤] انظر بشأن هذه القضية-د.محمد فؤاد مهنا،المسؤولية الادارية في تشريعات البلاد العربية،المصدر السابق،ص١٦٥- وايضا

Andre de laubadere, op. cit. P. 706, No. 1227.

او ما راه مجلس الدولة لانه يثبت تقصير المرفق في بذل العناية اللازمة لحماية الافـراد لانه يدخل ضمن الصورة الثانية من صور الخطأ المرفقي في منظور مجلس الدولة وهي (سوء اداء المرفق لخدماته). وبذلك نؤيد ما انتهى اليه قضاء مجلس الدولة الفرنسـي بشأن هذه القضية وهو تقرير المسؤولية المشتركة للادارة والموظف عن اشتراك الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي في احداث الضرر، ونختلف معه فـي تكيفـه لبعـض هـذه الاخطاء على الوجه الذي توضح اعلاه.

وقد اكد مجلس الدولة مبدأ الجمع في المسؤولية بين نوعي الخطـأ الشـخصي والخطأ المرفقي في احكام اخرى عديدة له[٣٧٥] وهكذا استقر المجلس على انه عندمـا تكون ثمة اخطاء مزدوجة رغم انه يصبح للمضرور فيها دعويان احداهما ضـد الادارة وتقام امام القضاء الاداري والثانية ضد الموظف وترفع امام القضـاء العـادي، ولكـن ازدواج المسؤولية في هذه الحالة لا يمكن ان يعني بأي حـال مـن الاحـوال حصـول المضرور على التعويض مرتين.

اما التزام الادارة بدفع التعويض كاملا عن الضرر الناتج عن نوعي الخطأ ، فهو التزام مؤقت غير نهائي- أي ان مساءلة الادارة عن الضرر باجمعه يكون على اسـاس المسؤولية التضامنية بين الاشخاص المسؤولين ومن ثم يحق لـلادارة الرجـوع علـى الموظف بما دفعته عنه من تعويض بما يعادل مفعول خطئـه الشـخصي فـي احـداث الضرر[٣٧٦]. ويختص القضاء الاداري في حسم النزاع حول تحديد نصيب كل منهما فـي تحمل التعويض بحيث يكون متناسبا مع ما اقترفه من خطأ[٣٧٧] .ويأتي اقـرار مجلـس الدولة لمبدأ اجتماع المسؤوليتين عن فعل ضار واحد الى ان التمييز بين نوعي الخطـأ تقسيم نظري من وجهة نظر القضاء الاداري، وعلى الاخص عندما يكون اصل الضـرر ناشئا عن اندماج الخطئين. ومن جانب اخر لا يكون في امكان الموظف التعويض عـن الضرر الناتج عن خطئه في اغلب الاحيان ، بينما تتمكن الادارة من ذلـك. فكـل هـذه الاعتبارات كان لها دور اساسي فـي دفـع مجلـس الدولـة لإقـرار مبـدأ اجتمـاع المسؤوليين[٣٧٨]. اما القضاء الاداري المصري فانه تبنى فكرة الجمع بين نوعي الخطـأ منذ اوائل عهده أي انه اقر الاتجاه الحديـث لقضـاء مجلـس الدولـة الفرنسـي لمـا استوضحت لديه صحته وواقعيته في مجال العمل ومساوئ عدم الاخـذ بـه وخطـورة نتائجه[٣٧٩].

---

[٣٧٥] فمن بعض هذه الاحكام –حكم مجلس الدولة الفرنسـي في ١٥ آذار ١٩١٨ في قضيـة **Beaudelet** المجموعـة، ص٢٥٩- وحكمه الصادر في ١٤تشرين الثاني ١٩١٩ في قضية، **L, huillier**، مجموعة، ص٨١٩- وحكمـه في تمـوز ١٩٤٩ في قضية **Marguier** –انظر د. سليمان الطماوي، القضاء الاداري- قضاء التعويض، المصدر السـابق، ص ١٨٨- وايضا انظر د. عدنان العجلاني، المصدر السابق، ص ٣٦٣.

[٣٧٦] **H.L.Mazeaud et Jean Mazeaud, op. cit. P483, Nò.1393.**

[٣٧٧] انظر د. منصور ابراهيم العتوم، المصدر السابق، ص٢١- ود. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص٤٨٦.

[٣٧٨] د. عدنان العجلاني، المصدر السابق، ص٣٦٤.

[٣٧٩] د. محسن خليل، القضاء اللبناني، المصدر السابق، ص٥٧٩- د. محمود عاطف، المصدر السابق، ص ١٩٢.

ثانيا- مسؤولية الادارة عن الخطأ الشخصي للموظف المرتكب اثناء الخدمة.

سبق القول ان مجلس الدولة الفرنسي قد اجاز الجمع بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي، فأمكن قيام مسؤولية الادارة عن الفعل الضار الذي ينتج عن اجتماع هذين الخطئين معا، ولم يقف المجلس عند هذا الحد، بل واصل تطوره في هذا المجال، وخطا خطوة اخرى مقررا مسؤولية الادارة عن الخطأ الشخصي للموظف المقترف حال تأدية واجبات الوظيفة، أي ان الادارة تدفع التعويض عن الخطأ الشخصي الذي يقع من الموظف دون ان يصاحبه خطا مرفقي، [٣٨٠] وتأكد هذا التطور من خلال حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٦ حزيران ١٩١٨ في قضية Lemonnier، وتتلخص وقائعها في انه في احد الاعياد القومية نظم استعراض للرماية على اهداف عائمة في ترعة صغيرة، فأهمل عمدة القرية اتخاذ التدابير اللازمة لحماية المواطنين المارين في الضفة الاخرى للترعة رغم سبق تنبيهه الى ذلك، فأدى ذلك الى اصابة السيدة Lemonnier برصاصة فجرحتها [٣٨١]، فتوجهت المضرورة الى القضاء الاداري مطالبة الادارة بالتعويض عن الضرر الذي اصابها بسبب خطأ العمدة، فقضى بمسؤولية البلدية عن خطأ العمدة الشخصي على اساس انه وقع اثناء الخدمة[٣٨٢]. وعند تكييف وقائع هذه القضية وفقا للمعايير الفقهية في التمييز بين نوعي الخطأ ، وبتطبيق معيار هوريو، نجد ان خطأ العمدة في اقامة المسابقة دون اخذ الاجراءات الكفيلة بحماية الافراد المارين ضمن مدى هذه الرماية هو خطأ شخصي بحت لانه منفصل انفصالا ماديا عن اعمال الوظيفية وفي الوقت نفسه لم يستهدف تحقيق احد الاغراض المنوط بالادارة تحقيقها، فتنفصل بذلك انفصالا معنويا عن الوظيفة، ومن جهة اخرى فان العمدة قد اصر على اقامة المسابقة على الرغم من توالي التنبيهات اليه بضرورة اتخاذ اجراءات وقائية لضمان سلامة الافراد فهذا بلا شك يجعل هذا خطئا جسيما ان لم نقل عمديا ويتاكد هذا القول اذا ما قارنا سلوك العمدة في تلك الظروف بسلوك موظف عادي تحيط به نفس هذه العوامل وبالتالي يعتبر خطئه خطئا شخصيا وفقا لمعيار (جسامة الخطأ) ، لذا فنتفق مع مجلس الدولة عندما اعتبر خطأ العمدة خطئا شخصيا.

وقد قرر مجلس الدولة في هذه الحالة مسؤولية الادارة عن الخطا الشخصي المرتكب اثناء الخدمة ضمانا لحصول المضرور على حقه في التعويض. ولكن اجاز المجلس للادارة الرجوع على الموظف مرتكب الخطأ بما دفعته عنه من تعويض.

غير ان مجلس الدولة الفرنسي ظل في احكامه بعد هذا الحكم يفضل الاستناد الى وجود واقعتين مستقلتين (عمل مرفقي وعمل شخصي) لأجل الحكم بمسؤولية الادارة

---

[٣٨٠] انظر د. محسن خليل، ص ٥٧٩- ايضا د. منصور ابراهيم العتوم، ص ٢١.

[٣٨١] راجع في تفاصيل هذه القضية مؤلف د. محمود حلمي، القضاء الاداري، المصدر السابق، ص٢٣٣،- ود. ماجد راغب الحلو، ص ٤٨٦.

[٣٨٢] د. محمد فؤاد مهنا، حقوق الافراد ازاء المرافق العامة، المصدر السابق، ص٤٠٢.

عن الخطأ الشخصي للموظف، من ان يستند الى وجود واقعة واحدة تنسب الى الادارة والموظف في وقت واحد. ويظهر ذلك جليا في احكام عديدة له، منها حكمه في قضية Dome Duxen في كانون الثاني ١٩٣٦ وفي قضية Simon Dome في مايس١٩٤٣، وحكمه في قضية Biziere في آذار ١٩٥٠.

ففي كل هذه الاحكام استند المجلس الى وجود واقعتين مستقلتين تشكل احداهما خطئا شخصيا والاخرى خطئا مرفقيا كما ارجع سبب الخطا الشخصي الى سوء الرقابة والتوجيه في المرفق العام [٣٨٣].

وينتقد العميد هوريو مسلك مجلس الدولة بشأن تقريره التعويض عن الاخطاء الشخصية للموظف والمرتكبة اثناء الخدمة، لانها تؤدي في نظره الى القضاء على المسؤولية الشخصية للموظف.

ومن جانب آخر فإنه يختلف مع مجلس الدولة بشأن مسؤولية مرفق (البلدية) في قضية Lemonnier باعتبار ان العمدة وحده لا يمثل مرفق البوليس وانه اهمل في واجبه بل ويشاركه في المسؤولية جمهور المتفرجين وباقي الموظفين، وانه كان من واجب الجميع التعاون لوضع حاجز للحيلولة دون تضرر المارة نتيجة اطلاقات المتسابقين ثم نحى باللائمة في ذلك على ازدواج الاختصاص بقضايا المسؤولية لاستقلال كل من جهتي القضاء الاداري والعادي عن البعض[٣٨٤].

ولكن انتقادات هوريو تلك لم تجد لها آذانا صاغية لدى القضاء الاداري، وواصل مجلس الدولة تطوره في هذا المضمار موسعا في نطاق مسؤولية الادارة عن اخطاء موظفيها بحيث شمل هذه المرة طائفة اخرى من الاخطاء الشخصية لم تكن الادارة مسؤولة عنها من قبل ، وكما سنوضحه في النقطة التالية.

ثالثا-مسؤولية الادارة عن الخطأ الشخصي للموظف المرتكب خارج الخدمة.

قرر مجلس الدولة الفرنسي في قضاءه الحديث مسؤولية الادارة عن الخطأ الشخصي للموظف المرتكب خارج نطاق الوظيفة ولكن قيدها بضرورة ارتكاب الخطأ بأدوات المرفق ووسائله، والا فلا تحقق مسؤولية الادارة[٣٨٥]. وبدأ هذا الاتجاه الجديد لمجلس الدولة يتبلور بشكل خاص منذ عام ١٩٤٩، بمقتضى احكام ثلاثة متشابهة له وكلها تتعلق بحوادث السيارات التابعة للادارة[٣٨٦]، ففي هذه القضايا

---

(٣٨٣) انظر د. عدنان العجلاني، المصدر السابق، ص٣٦٣ ص٣٦٤- وايضا حامد مصطفى ، المصدر السابق، ص١٦٠.

(٣٨٤) تعليق هوريو على حكم مجلس الدولة في قضية Lemonnier في مجموعة سيري، ١٩١٨- القسم الثالث، ص٤١، نقلا عن د. سليمان الطماوي، القضاء الاداري- قضاء التعويض...، المصدر السابق، ص١٩٣.

(٣٨٥) انظر د. محمد فؤاد مهنا، المسؤولية الادارة في تشريعات البلاد العربية ، المصدر السابق، ص١٦٦-وكذلك د. محسن خليل و د. سعد العصفور ، المصدر السابق، ص٥٥٤.

(٣٨٦) منها حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية Defaux حيث وقع حادث لسيارة تابعة للجيش كان يقودها احد العسكرين لغرض توصيل شحنة من البنزين لمكان معين، الا انه في اثناء عودته انحاز عن الطريق لزيارة بعض اقاربه وهناك وقعت

وقعت الحوادث من سيارات الادارة التي استعملها سائقوها خارج المهمات الرسمية المخصصة لها، ومع ذلك فقد قضى مجلس الدولة بان هذه الحوادث وان لم تكن واقعة اثناء الخدمة ، الا انها مع ذلك ليست منقطعة الصلة بالمرفق طالما وقعت نتيجة استعمال ادوات تعود اليه. وكما يقول مفوض الحكومة Blul "تكون هناك المسؤولية بمجرد ان المرفق العام قد هيأ اسباب ارتكاب الخطأ او بمجرد ان الخطأ الشخصي ليس منقطع الصلة بتاتا مع المرفق العام" وبذلك فان مسؤولية الادارة تكون قد تقررت وفقا لاتجاه الحديث لمجلس الدولة الفرنسي عن كافة اخطاء الموظف الا ما كانت منقطعة الصلة بوظيفته[٣٨٧]. غير ان مسؤولية الادارة عن الاخطاء الشخصية للموظف لا تعني عدم امكان الادارة الرجوع على الموظف بكل او بعض ما دفعته من تعويض استنادا الى دور خطأ كل منهما في احداث الضرر[٣٨٨].

وبعد كل ذلك يمكننا القول بان قواعد المسؤولية الادارية في هذا الشأن قد التقت مع قواعد المسؤولية المدنية (مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع). فهنا يكون وجه الشبه كبيرا بينهما ، اذ ان مسؤولية الادارة والمتبوع لا تقوم الا اذا صدرخطأ من الموظف والتابع فتكون المسؤولية في هذه الحالة غير مباشرة وعن فعل الغير، ويمكن للادارة والمتبوع بعد دفعهما التعويض للمضرور الرجوع على الموظف والتابع المرتكبين للخطأ بكل مبلغ التعويض . كما ان نطاق مسؤولية الادارة يتوسع ليشمل كل الاخطاء الشخصية للموظف عدا تلك المنبتة الصلة بالمرفق مماثلا في ذلك نطاق مسؤولية المتبوع الذي بدوره يستغرق كل اخطاء التابع تلك الواقعة اثناء الوظيفة او بسببها او بمناسبتها فيما عدا الاخطاء الاجنبية تماما عن الوظيفة لدى المتبوع[٣٨٩].

الحادثة. وحكمه في قضية **Mimeur** اذ كان سائق احدى السيارات التابعة لاحدى الوزارات بعد ان اوصل الموظف الى الجهة الرسمية استغل السيارة لقضاء بعض حاجاته الشخصية وعندها وقع الحادث، وحكمه في قضية **Besthelsener** وفحواها ان حادث اصطدام وقعت لسيارة عسكرية كان سائقها قد استخدمها في غير الطريق الرسمي لتحقيق اغراض شخصية.
انظر بهذا الصدد ، د. سليمان الطماوي، القضاء اللاداري، قضاء التعويض..، مس، ص١٩٤ ص١٩٥– ود. محسن خليل، القضاء الاداري اللبناني، مس، ص٥٨٠– ص٥٨١– ود. محمود عاطف، المصدر السابق، ص٢١٥ص ٢١٧.

(٣٨٧) راجع د. عدنان العجلاني، المصدر السابق، ص ٣٦٦– ود. ماجد راغب، المصدر السابق، ص ٤٨٧.

(٣٨٨) د. عبدالرحمن رحيم، مسؤولية الادارة على اساس الخطأ، بحثه السابق ، ص٢٢– اما كيفية رجوع الادارة على الموظف فتكون عن طريق امر بالدفع تصدره السلطة الرئاسية المختصة وتفرض على الموظف رد المبلغ المدفوع. انظر د. محمد فؤاد مهنا، حقوق الافراد ازاء المرافق العامة ، مس، ص٤٠٣–د. محمود عاطف ، المصدر السابق، ص ٢٣٧.

(٣٨٩) للمزيد من التفصيل في موضوع مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع راجعد. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني ، الجزء الاول، ١٩٨٦، ص٢٩٢ وما بعدها– ود. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام –الكتاب الاول– مصادر الالتزام ، مطبعة المعارف بغداد، ١٩٧١، ص٤٩٨ وما بعدها – د. غازي عبدالرحمن ناجي، مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع، بحثه السابق، ص٦٣٣ ص٦٦٤– صباح المفتي ، القانون المدني، مطبعة الشعب، بغداد ١٩٨٠، ص٤٦– والدكتور احمد شوقي عبدالرحمن، مسؤولية المتبوع باعتباره حارسا ، المطبعة العربية الحديثة ، ١٩٧٦، ص١٩ص٢٣– د. علي حسن يونس، اصول القانون البحري ، دار المحامي للطباعة، بدون سنة طبع، ص ٢١٣ص ٢١٤.

واذا استبعدنا هذا التشابه نجد ان الاختلاف قائم بين مسؤولية الادارة عن الاخطاء الشخصية لموظفيها في القانون العام ومسؤولية المتبوع عن اخطاء التابع في القانون الخاص ، اذا علمنا ان علاقة الموظف بالادارة تظل علاقة تنظيمية تحكمها قواعد القانون العام [٣٩٠]. في حين ان علاقة التابع بالمتبوع في غير ذلك محكومة بقواعد القانون الخاص. كما ان اساس تعويض الادارة للمضرور عن الاخطاء الشخصية للموظف مرجعه قواعد العدالة ومتطلبات السياسة الادارية السليمة، بينما يكون اساس مسؤولية المتبوع في التشريعات المدنية عن اخطاء التابع راجعا الى قرينة الخطأ البسيطة (كما في التشريع المدني العراقي) او(القطعية كالتشريعين الفرنسي والمصري).

- المقصد الثاني -

مدى تأثير الاوامر الرئاسية على طبيعة اخطاء الموظفين:-

اثير تساءل حول اثر اوامر الرئيس الاداري على مسؤولية الموظف[٣٩١]، وما اذا كان الخطأ الناشيء عن تنفيذ هذه الاوامر يمكن اعتباره خطئا شخصيا يتحمل الموظف وزره او انه خطأ مرفقي تسأل عنه الادارة.

تتعلق الاجابة على هذا التسائل بالطريقة المتبعة في التوفيق بين مبدأين اساسيين مبدأ المشروعية وضرورة احترامه من جهة، ومبدأ السياسة الادارية الجيدة (حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد) والذي يوجب على المرؤوس اطاعة اوامر رئيسه من [٣٩٢]جهة اخرى.

لم يتعرض المشرع الفرنسي لتنظيم مسألة وقوع خطأ من موظف نتيجة لامر صادر عن رئيسه، لذلك ترك حكمها للقواعد العامة ولاجتهاد الفقه والقضاء. ووفقا لذلك فقد تمت التفرقة بين فرضين:-

---

[٣٩٠] انظر بصدد علاقة الموظف بالادارة- د. عادل الطبطبائي، المصدر السابق، ص٣٨-د.عبدالغني بسيوني عبدالله، القانون الاداري، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٧٦، ص٢٠٢ ص٢٠٣، د. ابراهيم شيحا، المصدر السابق، ص١٤٦- د. محمد فؤاد مهنا، مبادئ واحكام القانون الاداري،المصدر السابق، ص٥٧٣.

[٣٩١] نقصد بالمسؤولية هنا المسؤولية المدنية،اما المسؤولية الجنائية فينظمها قانون العقوبات ، وانه قد تدفع المسؤولية الجنائية عن الموظف اذا تحقق شروط خاصة ومنها ما اذا كان الموظف لم يرتكب جريمة الا تنفيذا لامر الرئيس يجب عليه طاعته، مثال ذلك المادتان (١١٤-١٩٠) من قانون العقوبات الفرنسي والمادة ٦٣ من قانون العقوبات المصري، والمادتان ٣٩-٤٠ من القانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل-راجع بهذا الصدد د.حكمت موسى سلمان،طاعة الاوامر واثرها في المسؤولية الجزائية، الطبعة الاولى، بغداد، ١٩٨٧، ص٦٩ ص ٨٩.

[٣٩٢] انظر بهذا الصدد ، د. شاب توما منصور، السلطة الادارية المختصة باتخاذ القرار الاداري، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد الثاني، العدد الاول، ١٩٧٨، ص٧ص٢٣، بالاشارة الى ص ١٦.

الفرض الاول- وهو ما اذا تجاوز المرؤوس حدود الامر الرئاسي وذلك بتحريفه او تعديله او تنفيذه على وجه غير المقصود به، فهنا لا تثور اية مشكلة اذ يعتبر فيه الخطأ شخصيا ينسب الى الموظف وتترتب مسؤوليته الشخصية عنه، وكأن امر الرئيس لا وجود له ما دام الموظف لم يلتزم بتنفيذه طبقا لما صدر اليه.

الفرض الثاني-هو وقوع الخطأ رغم تنفيذ الموظف للاوامر الرئاسية بصورة سليمة وكما صدر اليه. وهنا اختلف الفقهاء في تكييفهم لهذا الخطأ وما اذا كان بالامكان اعتباره خطئا شخصيا للموظف او انه خطأ مرفقي يستوجب مسؤولية الادارة[٣٩٣]، كما وان القضاء لم يستقر على حل معين بصدده. فذهب رأي[٣٩٤]، الى ان الخطأ الشخصي ينقلب الى خطأ مرفق كلما كان الخطأ ناتجا عن تنفيذ الموظف للاوامر الرئاسية، أي ان امر الرئيس يؤدي الى تغير الطبيعة القانونية للخطأ لكون الموظف مكلفا بالطاعة فلا يملك ان لا ينفذ اوامر رئيسه الاداري وان كان الامر مخالفا للقانون ومن ثم فلا يكون خطأ الموظف في هذه الحالة شخصيا مهما كانت دوافعه فلا يسأل عن نتائجه . وذهب راي ثان[٣٩٥]، الى ان من المستحيل ان تتغير طبيعة الخطأ نتيجة امر خارج عنه، فهو اما ان يكون خطأ شخصيا او خطأ مرفقيا، لان طاعة الرئيس غير واجبة اذا كانت مخالفة للقانون لان طاعة القانون اولى طالما يخضع كل من الرئيس والمرؤوس له، ولذا فانه لا يصح للموظف الاحتماء وراء الامر الرئاسي لدفع مسؤوليته، الا اذا كان عسكريا حيث يلزم العسكريون بتنفيذ اوامر رؤسائهم دون ان يكون لهم حق مناقشته. وذهب راي ثالث[٣٩٦] مذهبا وسطا، اذ اعتبر ان مسؤولية الموظف قائمة عندما يكون الامر الرئاسي غير مشروع من الناحية الشكلية، حيث يتوجب على الموظف التثبت من بعض الامور منها اختصاص الرئيس في اصدار الامر واختصاص المرؤوس في تنفيذه واستيفاء الامر الشكل الذي يتطلبه القانون. فاذا ما تبين للموظف عدم المشروعية الشكلية في الامر وجب عليه عدم تنفيذه والا انعقدت مسؤوليته الشخصية عنه. اما اذا كان امر الرئيس مخالفا للقانون من الناحية الموضوعية، فلا يملك الموظف حق التثبت منها او مناقشتها ومن ثم لا تتحقق مسؤوليته عنه اذا ما نجم عن تنفيذه ضرر. ونحن نميل الى الرأي الاخير لانه اقرب الى تحقيق التوازن بين مصلحة الاطراف ، ومصلحة الموظف في عدم اعتباره الة صماء واجبها تنفيذ ما يصدر اليها من اوامر دون حق

---

(٣٩٣) راجع د. ماجد راغب الحلو ،المصدر السابق، ص٤٨٣-ود. محمود حلمي، القضاء الاداري، المصدر السابق، ص٢٤٧.

(٣٩٤) **Barthelemy: L influence de 1 ordrehierar chiqui sur la resresponsabilite te agents. R.D.P. 1914, P. 491**

نقلا عن د. محسن خليل، القضاء الاداري اللبناني، المصدر السابق، ص٥٧٥.

(٣٩٥) انظر بهذا الصدد، العميد لين دكي، مؤلفة عن الدولة والحكام والاعضاء، الجزء الثاني، ص٢٦٠-نقلا عن د. محمد الشافعي، المصدر السابق، ص٣٣٣-د. حكمت موسى سلمان، المصدر السابق، ص٤٤.

(٣٩٦) في هذا المعنى انظر- جوزيف بارتلمي، مقالة الموسوم اثر امر الرئيس على مسؤولية الموظفين، منشور في مجلة القانون العام سنة ١٩١٤، ص٤٩١- مشار اليه في د. سليمان الطماوي، القضاء الاداري- القضاء التعويض، المصدر السابق، ص ١٣٠.

-Andre de laubadere op. cit.P. 594.

مناقشتها- كما ذهب الى ذلك الراي الاول- من جهة ، وتحديد مسؤوليته بالحالات التي تكون المشروعية في الامر الرئاسي واضحا من الناحية الشكلية من جهة اخرى، ومصلحة الادارة بتمكينها من اداء خدماتها بانتظام طالما كان الموظف يقوم بتنفيذ اوامر رؤساءه الاداريين اذا ما كانت مشروعة من الناحية الشكلية دون التوقف للتثبت من الناحية الموضوعية، التي تلقى على الموظف بذل جهد ووقت اضافيين، مما يقلل من محصلة عمله لدى المرفق. فضلا عن انه يفسح المجال للموظف في ابداء رأيه بشأن ما يصدر اليه من أوامر رئاسية فيحقق مصلحة الخزانة العامة لانه ينبه الرئيس بوجه عدم المشروعية في الامر الصادر عنه ليتداركه قبل ان ينفذ ويسبب ضررا[٣٩٧].رغم وجاهة الرأي الثالث ومنطقيته، فانه لا يتفق مع مسلك القضاء والمشرع الفرنسيين ، إذ انهما يقرران مسؤولية الموظف في بعض الحالات التي يكون فيها الامر مخالفا من الناحية الموضوعية سيما اذا كان الموظف على علم بوجه عدم المشروعية فيما نفذه من أمر رئاسي[٣٩٨]. فقضت محكمة التنازع الفرنسية بمسؤولية محافظ نتيجة قيامه بمصادرة اعداد من جريدة مع النص في القرار على عبارات قذف للقائمين عليها على الرغم من ان قراره هذا بشقيه المصادرة والقذف جاء بناءا على امر رئيسه وزير الداخلية، لأن عدم مشروعية امر وزير الداخلية كان ظاهرا في تضمنه عبارات قذف وشتم وما كان على المحافظ اطاعته[٣٩٩]. كما وقضت في حالة اخرى بعدم مسؤولية الموظف على الرغم من خطئه الشخصي في تنفيذ الامر الصادر اليه، اذ كان عدم المشروعية يسيراً ولم يكن امام الموظف سوى تنفيذ الامر، فقارع الاجراس لا يملك الا ان يقرعها تنفيذا لامر العمدة[٤٠٠].

---

[٣٩٧] انظر بهذا الشأن ايضا استنادا د. سعدي البرزنجي ود. عبدالرحمن رحيم، نظرات في النظام القانوني لانضباط موظفي الدولة في العراق، بحث منشور في مجلة الابحاث للعلوم الانسانية، تصدرها جامعة صلاح الدين ، العددين الثاني والثالث، السنة الثانية، الجزء الثاني، ١٩٩٠، ص٧٤٧ ص٧٨٣.

[٣٩٨] على ان المشرع الفرنسي قد عالج هذه المسألة في المادة ١٣ من قانون الموظفين لسنة ١٩٤١، والتي تضمنت على انه يجب على الموظف اطاعة الاوامر الصادرة اليه، فاذا كانت غير مشروعة ، ويجب عليه تنبيه رئيسه الى وجه عدم المشروعية، فان اقتنع الرئيس بوجهة نظر المرؤوس انتهى الامر، اما اذا اصر الرئيس على امره وجب على الموظف تنفيذ الامر ولا مسؤولية عليه، ولكن الغى هذا القانون بقانون سنة ١٩٤٥، ثم حل محله القانون سنة ١٩٤٦ الذي جاء خاليا من النص المماثل للنص الملغي. (انظر في ذلك د. محمد الشافعي، المصدر السابق، ص ٣٣٢)-و كذلك انظر د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الاداري- قضاء التعويض، المصدر السابق، ص ١٣١ .

[٣٩٩] حكم محكمة التنازع الفرنسية في ١٧ تشرين الثاني ، ١٩١٠ في قضية **Angers** – مشار اليه في مؤلف د. سليمان الطماوي ، ص ٣٣٥-و انظر ايضا د. محمود حلمي ، القضاء الاداري، المصدر السابق ، ص٢٣٦.

[٤٠٠] د. محمد الشافعي، ص٣٣٤.

فيتضح ان مجلس الدولة الفرنسي يرفض في قضائه ان يجعل طاعة الموظف لرئيسه طاعة مطلقة اذ يجيز للموظف بل ويحتم عليه رفض الطاعة عندما يكون الامر مخالفا للقانون لكونه اولى بالاطاعة(٤٠١).

اما في مصر فقد سلك المشرع اتجاها سليما بالنسبة لتنفيذ الموظف للاوامر الصادرة اليه من رئيسه الاداري، اذ نصت المادة ١٦٧ من القانون المدني المصري على انه "لا يكون الموظف العام مسؤولا عن عمله الذي اضر بالغير اذا قام به تنفيذا لامر صدر اليه من رئيسه متى كانت اطاعة هذا الامر واجبة عليه، او كان يعتقد مشروعية العمل الذي وقع منه وكان اعتقاده مبنيا على اسباب معقولة وانه راعى في عمله جانب الحيطة"(٤٠٢). كما نصت المادة ٥٥ من قانون العاملين المدنيين بالدولة رقم ٥٨لسنة١٩٧١على انه " لا يعفى العامل من العقوبة استنادا لامر رئيسه الا اذا اثبت ان ارتكابه للمخالفة كان تنفيذا لامر مكتوب بذلك صادر اليه من هذا الرئيس بالرغم من تنبيهه كتابة الى المخالفة في هذه الحالة تكون المسؤولية على مصدر القرار " فهذا النص وان كان متعلقا بالمسؤولية التأديبية للموظف الا انه ينطبق على المسؤولية الادارية ايضا(٤٠٣).

والملاحظ على هذا النص أنه اكثر تشددا من نص المادة ١٦٧ من القانون المدني سالف الذكر، لأنه يشترط لعدم مساءلة الموظف عن الاضرار الناتجة عن تنفيذه لاوامر رئيسه، ان يكون الامر مكتوبا ولم يكتف بكون الامر شفويا، كما انه الزم الموظف بضرورة تنبيه رئيسه الاداري كتابة بوجه عدم المشروعية في الامر الصادر اليه، فان اصر على امره غير المشروع فلا تبقى اية مسؤولية على الموظف اذا ما نفذه، بينما لم يتضمن النص السابق مثل هذه الشروط.

اما بالنسبة للتشريع العراقي، فقد نصت المادة ٢١٥ من القانون المدني على انه "...٢- ومع ذلك لا يكون الموظف العام مسؤولا عن عمله الذي اضر بالغير اذا قام به تنفيذا لامر صادر اليه من رئيسه متى كان اطاعة هذا الامر واجبة عليه او كان يعتقد انها واجبة. وعلى من احدث الضرر ان يثبت انه كان يعتقد مشروعية العمل الذي اتاه بأن يقيم الدليل على انه راعى في ذلك جانب الحيطة وان اعتقاده كان مبنيا على اسباب معقولة"(٤٠٤). اما مشروع القانون المدني العراقي الجديد فقد تطرق الى هذا الموضوع في المادة ٤١٧ بنصها على انه "لا يكون الموظف مسؤولا عن الضرر الذي احدثه بالغير اذا قام به تنفيذا لأمر صدر اليه من رئيسه متى كانت اطاعة هذا الامر واجبة او كان يعتقد انها كذلك وكان يعتقد لاسباب معقولة مشروعية العمل الذي وقع منه وانه راعى في عمله جانب الحيطة"(٤٠٥).

(٤٠١) د. سليمان الطماوي، دروس في قضاء الاداري ، المصدر السابق، ص ٧٥.

(٤٠٢) انظر القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٧.

(٤٠٣) وقد وردت هذه المادة في القانون ٤٧ لسنة ١٩٧٨ وفي المادة ٧٨ بصياغة مشابه- انظر د. محمود حلمي، القضاء الاداري، المصدر السابق، ص٢٤٢.

(٤٠٤) علي محمد الكرباسي، موسوعة التشريعات العقارية (٣)- القانون المدني، المصدر السابق، ص٦٤.

(٤٠٥) مشروع قانون المدني الجديد، وزارة العدل، بغداد، ١٩٨٤.

الظاهر من نص هذه المادة انها لا تختلف في شيء عن نص المادة ٢/٢١٥ من القانون المدني النافذ، الا في الصياغة اللفظية دون أي تغير في المعنى.ويشابه النص الوارد في القانون المدني المصري.اما قانون انضباط موظفي الدولة رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ فقد نصت مادته الرابعة على انه "يلتزم الموظف باحترام رؤسائه والتزام الادب واللياقة في مخاطبتهم واطاعة اوامرهم المتعلقة باداء واجباته في حدود ما تقضي به القوانين والانظمة والتعليمات، فاذا كانت هذه الاوامر مخالفة فعلى الموظف ان يبين لرئيسه كتابة وجه تلك المخالفة ولا يلتزم بتنفيذ تلك الاوامر الا اذا اكدها رئيسه كتابة وعندئذ يكون الرئيس هو المسؤول عنها" [٤٠٦]

يبدو لنا ان هذا النص حقق ميزتين- الاولى ان الرئيس قد لا يكون ملما بوجه المخالفة فيبين له المرؤوس وجه المخالفة، والميزة الثانية ان المرؤوس بعد ان يبين وجه المخالفة لرئيسه واصرار الاخير على تنفيذ الامر فإن الموظف يتخلص من المسؤولية حيث يتحملها الرئيس وفي ذلك ضمان للموظف في عدم تحمل المسؤولية بدون ان يرتكب خطئا.

ومهما يكن من أمر فان هذه المادة تعد خطوة الى امام في مجال المسؤولية الادارية في العراق لمواكبة التوسع الحاصل في وظائف الادارة في الوقت الحاضر ومسايرة لتطور مسؤولية الموظف في دول اخرى كفرنسا ومصر.

- المقصد الثالث -

موقف القضاء والتشريع العراقيين من الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي:-

لم يطبق القضاء العراقي منذ البدء نظرية التمييز بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي على نحو الذي كان معمولاً به لدى القضائين الفرنسي والمصري نظرا لكونه كان وحتى وقت قريب قضاء موحد، والذي لا يعرف قواعد المسؤولية الادارية بالمفهوم الذي تبناه مجلس الدولة الفرنسي وهذا ما استوجب ضرورة عدم الخروج عن قواعد المسؤولية المقررة في القانون المدني [٤٠٧]. ولما كان هذا القانون يخلو من أية اشارة الى التمييز بين نوعي الخطأ، عليه فلم يكن بامكان هذه المحاكم تبني فكرة التمييز بين نوعي الخطأ لكونها لا تملك الخروج عن القواعد المدنية واجبة التطبيق[٤٠٨]. الا ان عدم معرفة القضاء العراقي لفكرة التمييز بين نوعي الخطأ لا يعني ان هذا القضاء لم

[٤٠٦] نص قانون انضباط موظفي الدولة رقم ١٤ لسنة ١٩٩١.

[٤٠٧] ان نصوص المقررة في القانون المدني للتطبيق على قضايا مسؤولية الادارة هي المواد (٢٠٤-٢١٩-٢٣١). وهذه المواد هي التي يلجا اليها القضاء العراقي عادة عند نظره في دعاوى المسؤولية بالاضافة الى المادتين (٢١٤-٢١٥).

[٤٠٨] تنص المادة الاولى/١ من القانون المدني على انه "يسري النصوص التشريعية على المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او في فحواها ". وتنص المادة الثانية على انه "لامساغ لاجتهاد في مورد النص".

يصل في بعض احكامه الى نفس النتائج العملية التي تستهدفها فكرة التمييز هذه، وهي تحميل الادارة عبء التعويض عن الاخطاء المباشرة الصادرة عنها.

وفي ذلك قضت محكمة التمييز بمسؤولية مديرية الكهرباء عن وفاة شخص بسبب اهمال المديرية وعدم اتخاذها الحيطة اللازمة لمنع تسرب الكهرباء من خطوط الضغط العالي الى دار المواطنين القريبة[٤٠٨]، ومسؤولية مصلحة اسالة الماء عن الاضرار التي احدثها انفجار الانبوب العائد لها لدار المدعي[٤٠٩]، ومسؤولية البلدية عن تعويض الضرر الذي اصاب المدعي اذ لم تتخذ البلدية الحيطة والحذر فيما يعود اليها لمنع وقوع الحادث[٤١٠]. وقضت ايضا بمسؤولية مصلحة الكهرباء الوطنية بالتعويض عن اهمالها في تغليف الاسلاك الكهربائية وابعادها الشبابيك مما ادى الى قتل شخص بالتيار الكهربائي[٤١١]. وكذلك قررت مسؤولية امانة العاصمة بالتعويض عن اتلافها مزروعات المدعي دون وجه حق بقيامها بفتح شارع ولو كانت الارض اميرية زرعها المدعي لان الزرع لمن زرع. وقضت ايضا بمسؤولية المؤسسة العامة للبريد والبرق والهاتف قبل شركة التأمين عن تسديد قيمة النقص الحاصل في الارسالية الذي عوضته الشركة للمرسل اليه المتعلق بفقد طرد بريدي لان اتفاقيات البريد العالمي المصادق عليها من قبل العراق هي التي تحكم الموضوع [٤١٢]. ففي كل هذه الاحكام اقرت محكمة التمييز خطأ الادارة وتقصيرها ومن ثم مسؤوليتها المباشرة ازاء المضرور، ولا شك في ان هذا الموقف للقضاء يؤكد ان بامكان الادارة ارتكاب الاخطاء وقيام مسؤوليتها الشخصية عنها، وهذا ما يقترب كثيرا من نظرية الخطأ المرفقي الادارية. وعلى أي حال فان القضاء العراقي قد اشار صراحة وفي احد احكامه الى مساءلة التمييز بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي ذلك في قضية تتلخص وقائعها في ان محافظ نينوى قام بمنع احد التجار من نقل الاخشاب التي اشتراها من الادارة بمزايدة علنية الى خارج دهوك، فسبب قراره هذا ضررا للتجار مما حمله على مقاضاة وزير الداخلية بصفته الوظيفية، فحكم له بالتعويض فاصدر وزير المالية قرارا يتضمن الزام المحافظ بمبلغ التعويض المدفوع للمضرور مما اضطر المحافظ الى اقامة دعوى منع معارضة ضد كل من وزير الداخلية و وزير المالية بصفتهما الوظيفية وذلك لطعن في قرار التضمين، فقررت محكمة التمييز" ان المميز (المحافظ) كان يبغي المصلحة العامة عند اتخاذ قراره بالمنع ولم يخالف نصا قانونيا، ولا الانظمة المعمول بها ولا... فان الحكم عليه بالمبلغ ليس له اساس قانوني،... اذ انه (الموظف) لا يسأل عن خطئه المصلحي نتيجة قرار اتخذه موافقا للمصلحة العامة حسب تقديره، بل يسأل عن خطئه المتعمد في الاضرار بالمصلحة العامة"[٤١٣].

---

(٤٠٨) رقم قرار ١٤٦٥/م٣ منقول/ ١٩٨٨- تاريخ القرار ١٩٨٨/٦/٢٧- مجموعة الاحكام العدلية، العدد الثاني. ١٩٨٨.

(٤٠٩) رقم قرار ٣٥٣/م٣ منقول/ ١٩٨٨- تاريخ القرار ٢٨/٧/ ١٩٨٩- مجموعة الاحكام العدلية، العدد الثالث.١٩٨٩.

(٤١٠) رقم القرار ٦٧١/ مدنية اولى/ ٧٦- تاريخ القرار١٩٦٦/٦/٧- ابراهيم المشاهدي، المرجع السابق، ص٢٥٨.

(٤١١) رقم قرار ٦٤١/ حقوقية/ ٦٨- تاريخ القرار ١٩٦٨/٥/٢٢-ابراهيم المشاهدي، ص٢٦٠.

(٤١٢). رقم قرار ٨١/ ادارية اولى /نقض٨٥/٩٨٦- تاريخ قرار ١٩٨٦/٩/٢٤- ابراهيم المشاهدي، ص ٣٢٧.

(٤١٣). قرار محكمة التميز في ١٢/١٦/ ١٩٧١/- مجلة القضاء، العددين الاول والثاني، ١٩٧٢، ص٣٥٨-٣٥٩.

من هذا الحكم يظهر ان محكمة التمييز قد استخدمت مصطلح الخطأ المصلحي (المرفقي) مما يدل على ان هذه المحكمة قد اقرت فكرة التمييز بين نوعي الخطأ، وهذا تطبيق لقواعد المسؤولية الادارية بخصوص خطأ الموظف.

وفيما يتعلق بمبدأ الجمع بين نوعي الخطأ الشخصي والمرفقي، نجد ان محكمة التمييز قد اقرت في حكم لها مبدأ الجمع وذلك عندما قضت بمسؤولية سائق سيارة وفقا للمادة ٥٠٤ عقوبات لاهماله ورعونته مما ادى الى وفاة بعض الافراد وفي ذات الوقت قضت بمسؤولية الادارة لعدم تمكنها من اثبات بذل العناية الكافية لمنع وقوع الحادث واوجبت عليها دفع التعويض[٤١٤].

يتأكد لنا من هذا الحكم ان المحاكم العراقية تقر بامكانية قيام الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي في وقت واحد مع رجحان احدهما على الاخر اذا كان اكثر اثرا في وقوع الضرر. ولكن هذه الاحكام لا يمكن مقارنتها بالاحكام الاخرى لمحكمة التمييز التي لم تأخذ فيها بنظرية التمييز بين نوعي الخطأ مما يمكن معه القول بان للقضاء العراقي تطبيقات لفكرة التمييز بين نوعي الخطأ لم ترق لتكون مبدأ من مبادئه المستقر عليها، ومع تبني القضاء العراقي النظام القضائي المزدوج في بداية عام١٩٩٠، اصبح لزاما على هذه المحكمة تطبيق قواعد ومبادئ القانون الاداري والمسؤولية الادارية كالتي قررها قضاء مجلس الدولة الفرنسي، وتطبيقها على القضايا التي تدخل في نطاق اختصاصها حتى تكتمل الصورة الحقيقية للقضاء الاداري في العراق.

اما التشريع فانه جاء خاليا من اية اشارة الى فكرة التمييز بين نوعي الخطأ الشخصي والمرفقي، فلم يتضمن قانون الضمانات العراقي الملغى أي نص يمكن ان ينبئ بفكرة التمييز بين اخطاء الموظفين وكذلك القانون المدني النافذ لم يعرف هذه الفكرة حيث جعل الموظف مسؤولا عن جميع اخطائه التي يرتكبها اثناء اداء وظيفته وذلك عندما اجاز للادارة الرجوع على الموظف مرتكب الخطأ بكل التعويض الذي دفعته للمضرور لذا فقد قال البعض[٤١٥] انه لا نجد في نظام المسؤولية الادارية في العراق سوى قواعد الواردة في القانون المدني وتوابعه، وهذه المسؤولية تقوم اما على اسباب الالتزام واما على العلاقة التبعية ما بين الشيء ومالكه او المسؤول عنه. وجميع جوانب هذه المسؤولية ينظمها القانون الخاص سيما القانون المدني.

هذا وبسبب اجحاف الحالة بالنسبة للموظف في ظل هذه القوانين، لترتب مسؤوليته عن كافة اخطائه الشخصية منها والوظيفة، فان مشرع قانون اصلاح النظام القانوني قد تنبه الى ذلك فنص على ضرورة ان تكون "الدولة مسؤولة عن الضرر الذي يلحق بالموظف نتيجة ممارسة واجباته"[٤١٦] وفي هذا بلا شك ضمانة للموظف بتحمل الدولة المسؤولية عن اخطائه الواقعة بسبب القيام باداء واجباته الوظيفية.

---

[٤١٤] حكم محكمة التميز الصادر في ٨/١٠/١٩٧٧-مجلة مجموعة الاحكام العدلية. العدد الثاني. السنة الثانية عشر.١٩٨١. ص٣١-٣٢- ونظرا ايضا حكمها الصادر في ٤/٤/١٩٨١- مجموعة الاحكام العدلية. العدد الثاني. ١٩٨١. ص٢٩.

[٤١٥] انظر في هذا المعنى حامد مصطفى. المصدر السابق. ص ١٧٤.

[٤١٦] قانون اصلاح النظام القانوني. المرجع السابق. ص٥٠.

واعمالا لهذا النص وبسبب العيوب التي اكتنفتها النصوص السابقة المتعلقة بمسؤولية الادارة فان مشروع القانون المدني العراقي قد عالج هذه المسألة في المادة٤١٨ بنصه "يضمن المتبوع الاضرار التي يحدثها تابعه متى كانت له سلطة فعلية في رقابة التابع وتوجيهه، وليس للمتبوع الرجوع على التابع بما دفعه من تعويض مادام الضرر قد وقع بسبب تأدية العمل او الوظيفة او اثنائها، ما لم يكن الضرر قد نشأ عن تعمد التابع او خطئه الجسيم".

والملاحظ على هذه المادة انها قد عالجت مسؤولية المتبوع او الادارة بصورة افضل من المادة ٢١٩ من القانون المدني النافذ ومن المادة الخامسة من قانون الضمانات الملغى. اذ انها-م٤١٨-اعتبرت الموظف غير مسؤول عن اخطائه المرتكبة بسبب الوظيفة او اثنائها مالم يكن متعمدا او جسيما ولا شك ان هذا يشمل معظم حالات الخطأ التي من الممكن ان يقع فيها الموظف، وهو ما يحقق مصلحة الموظف بعدم مسؤوليته عن هذه الطائفة من الاخطاء، كما وتحقق مصلحة المضرور لان الادارة ستدفع له التعويض في كل الاحوال باعتبارها متبوعا، فيكون المضرور بمنجى من حالة اعسار الموظف، وفي ذلك ضمانة للموظف الذي سيعمل بالتالي في جو من الطمأنينة وعدم الخشية من المسؤولية فيستبعد الجمود والروتين والتقيد بحرفية التعليمات الوظيفية، وهذا ما يؤدي الى زيادة في انتاجية الموظف ويرفع من كفائته، وفي هذا تتمثل مصلحة الادارة.

اما ما اقرته هذه المادة للادارة بحق الرجوع على الموظف في حالتي الخطأ العمد والخطأ الجسيم، فلها مزاياها ايضا، اذ يعمل على ان ينمي في نفس الموظف الاحساس بالواجب والمسؤولية طالما كان هناك مجال لمساءلته عن بعض اخطائه، مما يحمله على بذل جهود اضافية في اداء وظيفته وتجنب كل مامن شانه الاساءة اليها. ولكن رغم التطور الذي حققه نص المادة ٤١٨ من المشروع بصدد اخطاء الموظف ومسؤولية الادارة عنها الا انه يحبذا لو تضمن المشروع نصا اخر الى جانب نص هذه المادة يقرر صراحة مبدأ التمييز بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي ليساير التشريع العراقي ما توصل اليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي من تطور في هذا المجال اسوة بما فعله مشرعوا بعض الدول نظير مشرع القانون المدني لجمهورية روسيا في المادة ٤٤٦ بنصها[٤١٧] تسأل منشآت الدولة عن الضرر الذي تلحقه بالمواطنين افعال الموظفين الخاطئة المتعلقة بالخدمة في مجال المصالح الادارية طبقا للقواعد العامة ما لم يتقرر ذلك بقانون خاص". وكذلك نصت اساسيات التشريع المدني لجمهوريات الاتحاد السوفيتي في المادة ٨٨ منها على فكرة التمييز بين نوعي الخطأ بنصها[٤١٨]على انه "تلزم الهيئات بتعويض الضرر الناشئ عن اخطاء موظفيها من القيام بواجباتهم المهنية

---

(٤١٧) القانون المدني لجمهورية روسيا الاشتراكية السوفيتية- النص الرسمي-ترجمة ثروت انيس الاسيوطي، دار التقدم، موسكو، ١٩٧٣، ص٢٣٥.

(٤١٨) اساسيات التشريع المدني، لاتحاد الجمهوريات السوفيتية الاشتراكية ، والجمهوريات المتحدة، ترجمة محمد لبيب شنب، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، ١٩٦٦، ص٣٣٣.

(المصلحية)". كما ونصت المادة٨٩ من هذه الاساسيات على انه "تسأل منظمات الدولة عن الضرر الذي يصيب المواطنين من الاعمال المصلحية المخالفة للقانون من موظفيها في مجال الادارة وفقا للقواعد العامة (م٨٨) ما لم ينص تشريع خاص على ذلك ". واخذت قوانين بعض الدول العربية بهذا التمييز صراحة، فالمادة ٨٠من قانون الالتزامات والعقود المغربي والمادة ٨٤من قانون الالتزامات والعقود التونسي اخذتا بمسؤولية الاشخاص المعنوية العامة والخاصة المباشرة عن الاخطاء الوظيفية التي يرتكبها تابعوها[٤١٩]. كما تضمن قانون خدمة العاملين رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤ في مصر على انه" لا يسال العامل مدنيا الا عن الخطأ الشخصي"[٤٢٠].

وصفوة القول ندعو واضعي مشروع القانون المدني العراقي الجديد الى اضافة نص جديد الى المشروع على ضوء نصوص القوانين التي اوردناها.



[٤١٩] راجع بهذا الصدد د. سليمان مرقس، المصدر السابق، ص٧٧ص٧٨.

[٤٢٠] وتكررت هذه المادة في قانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١ في مصر.

-المبحث الثاني-

أساس المسؤولية التبعية للادارة

لا بد من القول بان المقصود بالمسؤولية التبعية للإدارة هي مسؤوليتها وفقا للقواعد المدنية أي قواعد مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع [٤٢١]،وهذه المسؤولية كما هو معلوم،مسؤولية عن فعل الغير وبمعنى آخر أن مسؤولية المتبوع لا تقوم إلا بثبوت مسؤولية التابع وتنتفي بأنتفاء هذه المسؤولية .ويؤكد الرأي الراجع في الفقه على أن مسؤولية المتبوع (ألادارة) هي مسؤولية غير مباشرة ،أي أن المسؤول الأول (الأصلي)هو التابع(الموظف)الذي ارتكب الخطأ فيكون مسؤولا عن فعله ،ولكن مسؤوليته تنعكس على المتبوع فتأتي مسؤوليته في الدرجة الثانية، فيتحمل عبء الضرر الناتج عن فعل التابع[٤٢٢].

ولما كانت مسؤولية ألادارة بهذا الوصف تخضع في حكمها للقانون المدني ، فلا يكون أمرا اجتهاديا، بل يجب أن تحصر في الأحوال التي تنص عليها نصوص هذا القانون[٤٢٣]، لذا فان القوانين المدنية في كل من فرنسا والمصر والعراق قد تضمنت نصوصا بشأن هذه المسؤولية فالمادة ١٣٨٤ من القانون المدني الفرنسي قد نصت على حالة المسؤولية عن فعل الغير ،حيث قررت بان " الشخص يسأل ليس فقط عن الأضرار التي تصيب الغير بفعله الشخصي ، بل يسأل عن الأضرار التي تحدث بفعل غيره "ثم بينت هذه المادة من بين الأشخاص المسؤولة، مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع و ذلك في الفقرة الثالثة من المادة المذكورة بنصها على انه " ويسأل المخدوم والمتبوع عن الأضرار المحدثة من قبل الخادم والتابع في الاعمال التي تعهد اليهما ".
كما نصت المادة ١٧٤ من القانون المدني المصري على انه "١-يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا في حالة تادية وظيفته او بسببها .

١- وتقوم الرابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه ،متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته وفي توجيهه ".

---

[٤٢١] لا نقصد هنا دراسة مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع من كافة جوانبها وكل الاسس المطروحة بشان تبريرها.ولكننا نكتفي بالقدر اللازم لالقاء الضوء على الموضوع الذي نحن بصدده وهو مسؤولية ألادارة وفقا للقواعد المدنية .وفيما يزيد عن هذا القدر نحيل القارئ على مراجع القانون المدني في موضوع المسؤولية عن فعل الغير.

[٤٢٢] أنظر د. عاطف النقيب ،النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الغير ، ط١، منشورات العويدات ،باريس -بيروت، ١٩٨٧، ص١٠٣-وايضا د. عبدالمنعم فرج الصدة،المصدر السابق، ص٦٦٦.

[٤٢٣] راجع الاستاذين عبدالوهاب مصطفى و رابح لطفي جمعة ،جرائم الوظيفة العامة ،القاهرة ،١٩٦٣،ص٢٤٤.وايضا د.ابراهيم ابو الليل و د. محمد الالفي ،المدخل الى نظرية القانون ونظرية الحق ،مطابع المقهوي،الكويت،١٩٨٦،ص٣٠٠.

اما القانون المدني العراقي فقد نصت في المادة ٢١٩ على أن " ١- الحكومة والبلديات والمؤسسات الأخرى التي تقوم بخدمة عامة وكل شخص يستغل إحدى المؤسسات التجارية أو الصناعية مسؤولون عن الضرر الذي يحدثه مستخدموهم إذا كان الضرر ناشئا عن تعد وقع منهم أثناء قيامهم بخدماتهم .

٢-ويستطيع المخدوم أن يتخلص من المسؤولية إذا اثبت انه بذل ما ينبغي من العناية لمنع وقوع الضرر أو أن الضرر كان لابد واقعا حتى لو بذل هذه العناية"[٤٢٤].فالمسؤولية التبعية للإدارة تستند لنصوص هذه المواد القانونية كمصدر لها، ومما لا يخفي أن خضوع مسؤولية ألادارة لقواعد القانون المدني ليس أمرا طارئا أو جديدا، ففي فرنسا نجد أن القضاء العادي (البرلمانات)كانت تنظر في كافة قضايا مسؤولية ألادارة وتطبق بشأنها القواعد المدنية قبل إنشاء مجلس الدولة الفرنسي وقيامه بإنشاء قواعد مسؤولية ألادارة وتمييزها عن قواعد المسؤولية المدنية حتى أن الفقهاء الفرنسيين قد اختلفوا فيما بينهم حول القواعد التي يجب أن تحكم مسؤولية الادارة قبيل صدور حكم بلانكو ،إذ كان الاتجاه السائد فيه يميل إلى وجوب استقلال قواعد المسؤولية الادارية عن قواعد المسؤولية المدنية، الا ان جانبا اخر من الفقه كان يرى عكس ذلك و يدعو الى ضرورة نبذ الاستقلال التام بين قواعد القانون الاداري و قواعد القانون الخاص فيما يتعلق بمسؤولية ألادارة[٤٢٥]. وكان الفقيه الفرنسي Luchet من الأوائل الذين لفتوا النظر إلى وجوب العودة إلى تطبيق قواعد القانون المدني المتعلقة بالمسؤولية عن فعل الغير على قضايا مسؤولية ألادارة لما كان يجده من وحدة في طبيعة و أساس هذه المسؤولية ومسؤولية المتبوع عن أعمال التابع في مجال القانون المدني [٤٢٦].وكذلك يخضع قسم كبير من قضايا مسؤولية ألادارة للقواعد المدنية سواء في مصر أو في العراق ولم يؤثر في ذلك نشوء القضاء الإداري المستقل فيهما .

ففي السنوات الأخيرة تعرض الأساس القانوني لمسؤولية المتبوع أو ألادارة للفحص والتدقيق، وكانت هناك العديد من المناقشات الأكاديمية وبعض الجدل القضائي حول حقيقة ذلك الأساس فاختلف الفقه كثيرا في تحديد هذا الأساس مما أدى ببعض الفقهاء إلى وصف مسألة الأساس بأنها مسالة معقدة ،وبأنه من غير الممكن تأسيس تلك المسؤولية على مبنى قانوني واحد يكون بمنجاة من التحفظ حوله والجدل بشأنه،ويكفينا أن نعرض الأفكار والنظريات التي رسمت أساس تلك المسؤولية بما يتفق والواقع القانوني دون التطرق للنظريات التي تعتمد الاصطلاحات والأفكار الغامضة والتي لا

---

(٤٢٤) ويقابل نصوص هذه المواد في قوانين دول اخرى ،المادة ١٩٠٣من القانون الاسباني ،والمادة ٢٠٨من القانون البرتغالي،والمادة ٣/٨٥ من القانون المراكشي،والمادة ٨٠ من المشروع الدولي-انظر زهدي يكن ،المصدر السابق . ص٢٣٩- وايضا عبد الباقي محمود سوادي ،مسؤولية المحامي المدنية عن اخطائه المهنية ،الطبعة الاولى، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٩، ص٢٥٣

(٤٢٥) سنتناول بالتفصيل الخلاف حول القواعد الواجبة التطبيق على مسؤولية ألادارة عندما نأتي اليه في الباب الثاني من رسالتنا .

(٤٢٦) انظر بهذالصدد -د. ابراهيم طة الفياض ،المصدر السابق.ص٢٠٢ وايضا Rene chapus ,op,cit.P.23 .

تفسر هذا الأساس بما ينسجم ومبادئ القانونين المدني والإداري[٤٢٧].أما ما نعنيه هنا من دراسة أساس المسؤولية التبعية للإدارة فهو تحديد السبب الذي يجعل ألادارة مسؤولة عن الأخطاء التي يرتكبها موظفوها أو تابعوها أي إيجاد المبرر القانوني لتفسير هذه المسؤولية[٤٢٨].ويمكن القول بصورة عامة أن هناك نزعتين أساسيتين في تحديد أساس مسؤولية المتبوع أو ألادارة عن أخطاء التابع أو الموظف ،النزعة الشخصية ونتناول فيها نظرية الخطأ المفترض بجانب ألادارة .والنزعة الموضوعية ونتطرق فيها إلى كل من نظرية تحمل التبعة ونظريات أخرى استبعدت الخطأ من نطاقها. وسنفرد لكل منهما مطلبا مستقلا .كما سنخصص مطلبا ثالثا لبيان موقف القانون العراقي من هذه النظريات المطروحة كأساس لمسؤولية ألادارة .

-المطلب الأول -

النزعة الشخصية في أساس المسؤولية التبعية للإدارة:-

لعب الخطأ دورا هاما كأساس للمسؤولية عن فعل الغير سواء في القانون الخاص أو في القانون العام لدى الفقه التقليدي الذي اعتمد في تفسير أساس هذه المسؤولية سلوك الأشخاص أطراف المسؤولية أي الشخص مرتكب الخطأ الذي نتج عنه الضرر،والمسؤول عن هذا الشخص ،والمضرور من التصرف الخاطئ فهناك من ذهب إلى أن أساس مسؤولية المتبوع أو ألادارة هو الخطأ المنسوب الى التابع أو الموظف وهو خطأ واجب الأثبات عادة إلا انه ثبت بعد ذلك أن هذا الخطأ هو شرط من شروط مسؤولية ألادارة عن أعمال موظفيها [٤٢٩] ،ولا يمكن أن يصبح أساسا لهذه المسؤولية، بينما ذهب أغلبية الفقه التقليدي الى تأسيس مسؤولية المتبوع أو ألادارة على فكرة

---

[٤٢٧] Atiyah ,vicarious Liability,op.cit, P.6.

[٤٢٨] عادل احمد الطائي ،المصدر السابق،ص١٤٨ .

[٤٢٩] لابد لنا من ان نشير باقتضاب الى الشروط اللازمة لتحقيق مسؤولية ألادارة التبعية عن اعمال موظفيها وهي ثلاثة:-

الشرط الاول -ثبوت العلاقة التبعية بين ألادارة والموظف ،فالعلاقة التبعية تتوافر عندما تكون للادارة سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه واصدارها للاوامر اليه ومحاسبته عن الخروج عليها.وتقوم رابطة التبعية ولو لم تكن ألادارة حرة في اختيار الموظف.

الشرط الثاني -صدور خطا عن الموظف يسبب ضرراً للغير ،فمسؤولية ألادارة التبعية تدور مع مسؤولية الموظف وجودا وعدما، فاذا لم يصدر خطا من الموظف فلا وجه لمساءلة ألادارة .غير ان مسؤولية الموظف تقوم في حالات محددة على أساس خطا مفترض في جانبه ،كما هو بالنسبة لمسؤولية المدرسين ازاء تلاميذهم او الموظف عندما يكون حارسا لألات ميكانيكية .

الشرط الثالث -ارتباط خطا الموظف بالوظيفة ،فمسؤولية ألادارة لا تقوم عن جميع تصرفات الموظف الخاطئة بل تقتصر على الاخطاء المتعلقة بالوظيفة ،اما صور ارتباط الخطأ بالوظيفة فهي ثلاث -الخطأ في اثناء تأدية الوظيفة ، والخطأ بسبب الوظيفة، والخطأ بمناسبة الوظيفة .

انظر في تفصيل ما ذكرناها -د.احمد شوقي عبد الرحمن ،المصدر السابق ،ص٢٤ص٢٥-ايضا عادل احمد الطائي،المصدر السابق، ص١١ص١٠٣ -و د. ابراهيم الفياض ،المصدر السابق،ص١٥٨ص٣٠٥ .

الخطأ المفترض سواء القطعية غير القابلة لإثبات العكس أو البسيطة القابلة لإثبات العكس[٤٣٠] ،وقد اخذ معظم التشريعات المدنية بهذا الأساس لتبرير مسؤولية ألادارة باعتبارها متبوعا ،ومنها التشريع الفرنسي والمصري والعراقي فنرى انه من الضروري تقسيم هذا المطلب الى فرعين نلقي الضوء في الفرع الأول على مفهوم الخطأ مدنيا واداريا،ونتكلم عن نظرية افتراض الخطأ بجانب ألادارة في الفرع الثاني .

الفرع الأول –مفهوم الخطأ في القانونين المدني و الإداري :

الخطأ لغة ضد الصواب ،وجمعه (أخطاء)أو الخطء وهو مصدر الفعل (خطئ)والاسم(الخطيئة)[٤٣١] . أما في القانون فلم يعرف المشرع في الدول العربية الخطأ في نص محدد لا في القانون المدني ولا في القانون الإداري،منتهجة في ذلك نهج المشرع الفرنسي الذي لم يعرفه هو الآخر تاركا ذلك لجهود الفقه المدني والإداري[٤٣٢]،عملا بالسياسة التشريعية السليمة التي ترفض للمشرع من أن يزج بنفسه في تعاريف يختلف أمرها باختلاف الاتجاهات السياسية والظروف الاجتماعية والاقتصادية[٤٣٣].

والملاحظ أن الفقهاء أنفسهم سواء في القانون المدني أو في القانون الإداري لم يتفقوا على تعريف للخطأ مما اصبح موضع خلاف وجدال شديدين الى حد أن قال البعض "أن الخطأ شئ يستعصي عن التعريف وانه اصطلاح سهل لإخفاء غموض الفكرة"[٤٣٤]، لذا فقد كثرت التعاريف الفقهية للخطأ وتنوعت بحيث لم يخل واحد منها من نقد يوجه إليه حتى اصبح الاختيار بينها أمرا صعبا ، و من هذه التعاريف ما قدمه الفقيه Chapus من انه" اخلال بالتزام سابق مع توافر الادراك"[٤٣٥].وهذا التعريف يشابه تعريف Planiol للخطا بانه" عدم الوفاء بالتزام سابق" والذي يتفق بشانه معظم فقهاء القانون الخاص كما عرفه savatier بانه "الاخلال بواجب في الامكان معرفته و مراعاته "[٤٣٦].اذ قرر هذا الفقيه ان الواجبات او التزامات القانونية لا تستمد من المبادئ العامة للقانون وحدها كما ذهب اليه الاستاذ بلانيول، بل يمكن ان تنشا من

---

[٤٣٠] راجع د. محسن البيه ،المصدر السابق ،ص٢٠٤ص٢٠٥ –و د. توفيق حسن فرج ،المصدر السابق، ص٢٠٧٢ص٢٧٥ .

[٤٣١] محمد بن ابي بكر الرازي ،المصدر السابق ،ص١٨٠ .

[٤٣٢] د. طلال عامر المهتار : المصدر السابق،ص٢٤٨– د. محمود مختار البربري ،المسؤولية التقصيرية للمصرف ، دار الفكر العربي ،القاهرة ، ١٩٨٦ ،ص١٦٢.

[٤٣٣] يجدر ذكره ان القوانين المدنية في كل من تونس و المغرب واليمن قد خالفت النهج العام اذ عرفوا في المادة ٨٣ تونسي والمادة ٨٧ مغربي والمادة ٦٦٠ يمني بانه " الخطأ هو اهمال ما يجب او اتيان مايجب الامتناع عنه دون قصد الاضرار "–جبار صابر، المصدر السابق،ص٥٣ –حمزة خسرو المرجع السابق ،ص٨ .

[٤٣٤] نقلا عن احمد شوقي عبدالرحمن ، المصدر السابق، ص٦٧ .

[٤٣٥] Rene Chapus,op.cit.P.352.

[٤٣٦] نقلا عن د. عبدالرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد –نظرية الالتزام،المصدر السابق،ص٧٧٨.

القانون او من العقد او تفرضها مبادئ العدالة او الاخلاق وهذه المبادئ العامة يتوجب على القاضي احترامها [٤٣٧].

ومما يؤخذ على هذه التعاريف عدم تحديدها للالتزامات التي يمثل الاخلال بها خطأ، وسبل معرفة هذه الواجبات القانونية او حالاتها مالم يكن ثمة نص يتضمن كل تلك الالتزامات او الواجبات .

وقد حاول الاستاذ بلانيول تجاوز هذا النقد بحصر الالتزامات في اربع حالات وهي الامتناع عن العنف، والكف عن الغش، والاحجام عن كل عمل لم تتهيأ له الاسباب من قوة و مهارة و يقضة، و الالتزام ببذل العناية في رقابة الاشخاص او الاشياء، الا ان هذه الجهود لم تؤد الى الغاية المنشودة لأنها تعد تقسيما لأنواع الخطأ لا تحديدا له[٤٣٨] وعرف عمانوئيل ليفي الخطأ بانه"اخلال بالثقة المشروعة- ثقة الشخص بنفسه في ان يقدم على العمل دون ان يتوقع الاضرار بالغير،وثقة الناس بالشخص في ان يحجم عن اعمال التي تضر بهم " وعيب هذا التعريف انه لم يأت بايضاح عملي كبير لتعريف الخطأ، اذ ما هو مقياس هذه الثقة المشروعة؟ فضلا عن انه اقرب الى النظر الفلسفي منه الى تعريف [٤٣٩]. كما وعرف الاستاذان مازو الخطأ بانه" تقصير في مسلك الانسان لا يقع من شخص يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي وجد فيها الفاعل"[٤٤٠].والملاحظ ان الاستاذين "مازو"يعارضان في وجود عامل شخصي او نفسي في فكرة الخطأ، لذلك فهما يعتمدان العنصر المادي في تعريفهما للخطا [٤٤١]، وعرف د. سنهوري الخطأ بانه "اخلال بالتزام قانوني " مضمونه عدم الاضرار بالغير او بأتخاذ الحيطة اللازمة لعدم الاضرار بالغير [٤٤٢]،وهذا التعريف هو المستقر عليه لدى جانب كبير من الفقه وكذلك القضاء . كما ويعرفه الدكتور ماجد راغب الحلو بانه "مخالفة لأحكام القانون تتمثل في عمل مادي او تصرف قانوني تأخذ صورة عمل ايجابي او يأتي على هيئة تصرف سلبي ينشأ عن عدم القيام بما يوجبه القانون [٤٤٣]"، ويعرف استاذنا د.عبدالرحمن رحيم[٤٤٤] . الخطأ الاداري بانه "مخالفة ألادارة في عملها المادي او تصرفها القانوني بصورة ايجابية او سلبية للحكم القانوني الخاص بتنظيمه".

مما تقدم يمكن القول بان تعاريف الفقهاء للخطا تظل مجرد محاولات في هذا الشأن، ولا يمكن لأي من هذه التعاريف ان يرقى ليصبح تعريفا مانعا وجامعا وذلك لان مفهوم الخطأ يتغير تبعا لظروف كل حالة بحيث يصعب تحديده في اطار جامد .

---

[٤٣٧] د. سليمان مرقس ،المصدر السابق،ص١٨٨ص١٨٩.

[٤٣٨] د. حسين عامر -عبدالرحيم عامر ،المصدر السابق،ص١٤٠ص١٤١

[٤٣٩] نقلا عن د. عبدالرزاق سنهوري ،ص٧٧٨ .

[٤٤٠] H. L Mazeaud et tunc,op.cit.P.757.No.637.

[٤٤١] جبار صابر،المصدر السابق ،ص٥٢ .

[٤٤٢] د.عبدالرزاق احمد السنهوري . الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المصدر السابق. ص ٧٧٨ .

[٤٤٣] د. ماجد راغب الحلو ،المصدر السابق،ص٤٧٦

[٤٤٤] انظر بحثه السابق ذكره. مسؤولية ألادارة على أساس الخطأ،ص٣

ان الاختلاف بين الخطأ الاداري والخطأ المدني يكمن في المعيار المستخدم لتقدير كل منهما، فبينما يقدر الخطأ وفقا للقواعد المدنية بمعيار جامد(معيار الشخص العادي) يجري تقديره وفقا للمبادئ الادارية التي اقرها مجلس الدولة الفرنسي على ضوء كل حالة على حدة مراعيا في ذلك الظروف المتعلقة بالمرفق [٤٤٥].

ومهما يكن من امر فان الخطأ قد اعتبر أساسا للمسؤولية المدنية والادارية [٤٤٦] سواء على صعيد التشريع[٤٤٧] او القضاء ،وهذا يعني ان ألادارة لا تسال عن اعمالها غير التعاقدية بدون خطأ في جانبها، سواء ما كانت منها اعمالا مادية او قرارات ادارية التي يتجسد الخطأ فيها في عدم مشروعية هذه القرارات، فقد قضت محكمة تمييز في العراق بان البلدية لا تكون مسؤولة عن الضرر الناتج عن قيامها بتعيين مستوى الشارع وتبليطه الا اذا كانت متعدية حسبما نصت عليها المادة ٢١٩ مدني [٤٤٨]، وقضت ذات المحكمة بان المتصرفية مسؤولة مسؤولية تقصيرية بمقتضى المادة (٢٠٤) مدني عن الضرر الذي اصاب المدعيين اذ تبين لدى التدقيق ان المتصرفية ارتكبت خطئا في اعلانها للمأجور بالمزايدة[٤٤٩].وايضا قضت بانه "تسأل امانة العاصمة عن الاضرار التي تصيب الغير بسبب خطأ مستخدميها استنادا الى المادة ٢١٩ من القانون المدني[٤٥٠]. والملاحظ ان الحكمين الاول والثالث تضمنا الخطأ المادي للادارة ، بينما تضمن الحكم الثاني الخطأ في القرار الاداري لانه جاء مخالفا للقانون .

---

(٤٤٥) د. سليمان محمد الطماوي ،دروس في القضاء الاداري ، المصدر السابق،ص١٥٣ –د. عبدالرزاق السنهوري،ص٧٧٩ .

(٤٤٦) راجع بهذا الشان د. سعد العصفور و د. محسن خليل ، القضاء الاداري ، المصدر السابق، ص٥٥٠ .

(٤٤٧) اختلفت التشريعات بصدد الالفاظ والصيغ التي استخدمتها للتعبير عن الخطأ،فالمشرع العراقي اورد لفظ (تعد)في المادة٢١٩ من القانون المدني ، واستعمل القانون المدني السوري (م١٢٧)والمصري (م١٧٤)والليبي (م١٧٧)عبارة (عملا غير مشروع)، وتضمن م١٢٧ من قانون الموجبات والعقود اللبناني لفظ (عملا غير مباح)، وتقنين الالتزامات والعقود المغربي (م٧٩) والتونسي(م٨٤) تضمنا مصطلح (خطأ مصلحيا)–ولم يرد في القانون المدني الفرنسي (م١٣٨٤)ما يصرح بضرورة وقوع خطا من التابع الا ان الفقه والقضاء هناك يصران على وجوب توافر الخطأ .

ومما هو معلوم ان للخطا عنصرين ،العنصر المادي (الاخلال او التعدي)، والعنصر المعنوي (الادراك او التمييز). والتعدي قد يكون عمديا وهذا ما يسمى بالجريمة المدنية وهي تعادل الغش الروماني Dolus Romain وقد يكون غير عمدي ويسمى بشبه الجريمة المدنية .

اما العنصر الثاني للخطأ (الادراك او التمييز)فهو القدرة على تمييز الخطأ من الصواب ،وبانعدامه لا تتحقق المسؤولية كما هو الحال بالنسبة لعديم التمييز كالصغير او المجنون .

للتفصيل انظر د.عبدالرزاق سنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،مصادر الالزام،المصدر السابق، ص ٧٧٨ص٧٨٣ وايضا،د.سليمان مرقس،المصدر السابق،ص١٧٩–والاستاذان مازو وتونك،المصدر السابق، ص٩٩٥ ص٩١٦.

(٤٤٨) رقم قرار ١٤٨٩ /حقوقية /٩٦٣ تاريخ القرار ١٩٦٣/١٢/١٤– ابراهيم المشاهدي ، المرجع السابق ، ص٢٥١ .

(٤٤٩) قرار تمييزي في ١٩٥٧/٣/٥– عبدالعزيز السهيل ، احكام القضاء العراقي ،الجزء الاول ،١٩٦٢،ص٢٩٩.

(٤٥٠) قرار تمييزي في ١٩٥٤/٣/٢٨ –مجموعة عبد الرحمن العلام ،القسم المدني ،رقم ١٠٣٥ ،ص٣٢١ ،نقلا عن عادل احمد الطائي ، المصدر السابق،ص١٤٤ .

وقضت محكمة النقض المصرية بمسؤولية ألادارة عن الضرر الذي يحدثه تابعها بعمله غير المشروع الواقع حالة تادية الوظيفية او بسببها لان قوامها وقوع خطا من التابع مستوجب مسؤولية بحيث إذا انتفت مسؤولية التابع فان مسؤولية المتبوع لا يكون لها من أساس تقوم عليه وفقا لما تضمنته احكام المادة ١٧٤ من القانون المدني[٤٥١]. وقضت ايضا بانه "لا تقوم مسؤولية الحكومة عن تعويض الاضرار التي تلحق الافراد بسبب الاضطرابات والقلاقل الا اذا ثبت ان القائمين على شؤون الامن قد امتنعوا عن القيام بواجباتهم وقصروا في ادارتها تقصيرا يمكن وصفه في الظروف التي وقع فيها الحادث بانه خطا"[٤٥٢].

وقضت محكمة النقض الفرنسية بان "المتبوع لا يكون مسؤولا عن النتائج الضارة لنشاط تابعه ما لم يكن الضرر قد نتج عن خطأ ارتكبه التابع " [٤٥٣]كما وقضت هذه المحكمة بانه "لا يمكن مساءلة المتبوع عن تابعه ما لم يكن الاخير قد ارتكب خطئا بمفهوم المادة ١٣٨٢ مدني فرنسي[٤٥٤].

الفرع الثاني –نظرية افتراض الخطأ بجانب ألادارة :

تأتي هذه النظرية في مقدمة النظريات التي اتجهت اليها انظار الفقه التقليدي في فرنسا[٤٥٥]،وهي تعد الفكرة المهيمنة الرئيسية في مجال المسؤولية التبعية للادارة، حيث ان الفقه الاداري قد خصص لها مكانا الى جانب المسؤولية الخطئية التي يلزم فيها المضرور اقامة الدليل على وقوع الخطأ،فافترض الخطأ بجانب ألادارة واصبح عبء الاثبات معكوسا بحيث لا يكلف المضرور اثبات خطأ الادارة، فوقوع الخطأ من الموظف (التابع)يعني "وفقا لهذه النظرية"ان ألادارة (المتبوع)هي الاخرى قد ارتكبت الخطأ. وبوجه عام فان هذه النظرية مستوحاة من الرغبة بأعطاء موقف ايجابي و مؤات للمضرور[٤٥٦].وافتراض الخطأ بجانب ألادارة افتراض قاطع(غير قابل لاثبات العكس)في القانونين المدني الفرنسي والمصري،وافتراض بسيط(قابل لاثبات العكس)في القانون المدني العراقي [٤٥٧].

---

[٤٥١] نقض١٦/٥/١٩٦٣–المجموعة–٤–ص ٨٨٨–عبدالمنعم حسني .مدونة التشريع والقضاء ، المرجع السابق، ص٤ (١٠/٥).

[٤٥٢] نقض ١٩٦٨/٣/١١ المجموعة–١٩–ص٥٧٦ –عبدالمنعم حسني،ص٧(١٠/٥).

[٤٥٣] نقض فرنسي ١٣ شباط ١٩٥٧،دالوز ،ص٦٢–نقلا عن عادل الطائي،المرجع السابق،ص٥٠.

[٤٥٤] نقض فرنسي ١١ آيار ١٩٥٦،دالوز،١٩٥٧،ص٢١–المصدر السابق،ص٥٠ .

[٤٥٥] جبار صابر طه ، المصدر السابق،ص٣١٥.

[٤٥٦] Andre de laubadere,op.cit.p.708.No.1232.

[٤٥٧] ويبدو ان المشرع العراقي قد تأثر فيما اورده بشأن أساس المسؤولية في المادة ٢١٩مدني بالقوانين الجرمانية التي تقيم مسؤولية المتبوع على أساس خطا مفترض فرضا بسيطا قابلا لاثبات العكس ، كالقانون الالماني م٨٣١ والتقنين الصيني م ١٨٨،وتقنين الالتزامات السويسري م٥٥،اما التقنين النمساوي (م١٣٨٥)فيذهب الى ابعد من ذلك باقامة هذه المسؤولية على أساس خطا واجب الاثبات تجاه المتبوع.

اما كون افتراض الخطأ بجانب المتبوع او ألادارة بسيطا يقبل اثبات العكس او قاطعا لا يقبل اثبات العكس فيتجلى في امكانية المتبوع او ألادارة في الحالة الاولى دفع مسؤوليتها بصورة مباشرة ،بأثبات انها لم ترتكب خطئا أي بنفي الخطأ المفترض بجانبها اما اذا كان افتراض الخطأ قاطعا فليس للمتبوع او ألادارة دفع مسؤوليتها الا بقطع العلاقة السببية بين خطئها المفترض والضرر الذي اصاب الغير باثبات السبب الاجنبي.ولكن وجه الخلاف بين انصار هذه النظرية قد انصب على نوع الخطأ المفترض بجانب ألادارة او المتبوع هل انه خطأ في اختيار شخص الموظف او التابع او انه خطأ في الرقابة والتوجيه الواجب اجراؤها لاداء الموظف او التابع مهام وظيفته او انه خطأ في هذه الامور جميعا.

لمعرفة كل ذلك سنتعرض في هذا الفرع فكرة الخطأ المفترض في الاختيار وذلك في المقصد الاول، بينما نكرس المقصد الثاني لدراسة الخطأ المفترض في الرقابة والتوجيه.

- المقصد الاول -

الخطأ المفترض في الأختيار. (faute dans le choix intigendo):-

بينا سابقا ان القانون الروماني قد عرف وفي نطاق محدود مسؤولية المتبوع التقصيرية عن اعمال التابع كأحدى صور المسؤولية عن فعل الغير ،وأساس هذه المسؤولية عندهم كان خطأ المتبوع في الاختيار أي في انتقاء التابع[٤٥٨].

والى هذا الأساس اشارت المذكرة الايضاحية للقانون المدني الفرنسي ،بتضمنها لفظ (الاختيار السئ) الذي يمكن ان ياخذ عليه المتبوع"لانه وضع ثقته بأناس اشرار غير شرفاء وغير فطنين"[٤٥٩].وما صدر من اقوال بعض الفقهاء ما يؤكد هذا الأساس للمسؤولية[٤٦٠].

وتتحقق مسؤولية المتبوع او ألادارة وفقا لهذه الفكرة على أساس انها لم تراع الدقة في اختيار التابع او الموظف .فان لم تقم بأختيار هؤلاء انتفت مسؤوليتها [٤٦١].

انظر في هذا د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد –مصادر الالتزام (١).المصدر السابق. ص١٠٤٤ –وايضا د. عباس حسن صراف ،المصدر السابق.ص١٣٧.

[٤٥٨] راجع ص١٦ وص١٧من هذا الكتاب.

[٤٥٩] Rene Chapus , Op.Cit.p. 259.No.243 .

[٤٦٠] اذ تعزى هذه الفكرة الى الفقيه الفرنسي بوتيه ومع ان فريقا من الفقهاء لايزال يكتفي بهذه الفكرة كأساس للمسؤولية امثال برتران غراي–و ترالير –وتاريل –راجع د. صلاح الدين الناهي ،المصدر السابق،ص٢٥٠

[٤٦١] انظر د.محمد الشيخ عمر،المصدر السابق،ص٨٧–وايضا د.جلال على عدوي ود. محمد لبيب شنب،مصادر الالتزام، الدار الجامعية . بيروت ، ١٩٨٥،ص٣٤٣ .

وقد اعتمدت بعض الاحكام القضائية هذا الأساس، منها حكم محكمة السين الفرنسية التي قضت فيه بمسؤولية المتبوع على أساس انه لم يراع الدقة في اختيار تابعه وجاء في حيثياته "ان مسؤولية المتبوع تقوم أساسا على خطأ الاخير في اختياره لتابعه"[٤٦٢].

كما وقضت محكمة الاستئناف المصرية ان "الخدمة العسكرية هي تكليف واجب على كل مصري، والعسكري بأدائه تلك الخدمة انما يؤدي واجبا وطنيا ولا يشغل وظيفة من الوظائف، فليس العسكري خادما ولا تعتبر الحكومة بالنسبة للعسكرين الملحقين بالخدمة في مقام السيد ولايعتبر العساكر تابعين لها،وحيث ان الحكومة ليس لها اختيار العساكر لأنهم يجندون حتما متى توافرت فيهم شروط التجنيد بصرف النظر عن كفائتهم العلمية والاخلاقية"[٤٦٣].

يظهر من هذا ان القضائيين الفرنسي و المصري قد اعتبرا حرية الاختيار للادارة بوصفها متبوعا كأساس لمسؤوليتها عن اخطاء موظفيها ، ولكن هذا الأساس لم يستمر طويلا بسبب العيوب التي اظهرها ونتيجة الانتقادات التي وجهت اليه، منها ان استناد أساس هذه المسؤولية على فكرة الخطأ المفترض في الاختيار يجب ان تجيز امكانية التحرر من هذه المسؤولية بأثبات حسن الاختيار في حين ان القانون يمنع دفعها بمثل هذا الاثبات[٤٦٤].كما ينتقد ايضا في ان الاختيار ينعدم في بعض الحالات التي يفرض فيها التابع على المتبوع بحكم القانون او الانظمة بحيث لا يكون للمتبوع حق رفض التابع، فضلا عن ان التابع قد يحصل على المؤهلات اللازمة لممارسة وظيفته لدى المتبوع من جهة رسمية متخصصة كالسائق الحائز على رخصة القيادة التي تجيز له ممارسة هذا العمل مما يصعب اعتبار المتبوع مرتكبا للخطا في الاختيار عند صدور فعل ضار عن التابع،[٤٦٥] وانتقد ايضا من حيث انه من المستحيل على المتبوع الذي يختار تابعه ان يتوقع كل اخطائه المستقبلية مهما تميز اختياره للتابع بالدقة[٤٦٦].ولما مر ذكره من عيوب وانتقادات فقد هجرت المحاكم هذا الأساس في احكامها بشكل نهائي ولكن ذلك لم يحصل دفعة واحدة بل بشكل تدريجي عن طريق اعتماد هذا الأساس الى جانب الأساس الثاني وهو الخطأ المفترض في رقابة وتوجيه التابع[٤٦٧] .

---

[٤٦٢] حكمها في ٢٦حزيران١٩٣١،جازيت بالي،١٩٣١/٢/٢٧٠-نقلا عن د.محمد الشيخ عمر،المصدر السابق، ص٨٧.

[٤٦٣] استئناف اسيوط الاهلية في ٢٤/يناير/١٩٢٨-المحاماة-مشار اليه في مؤلف د.عبدالمجيد الحكيم،المصدر السابق، ص٥٧٣.

[٤٦٤] د.عاطف النقيب،النظرية العامة للمسؤولية عن فعل الغير،المصدر السابق،ص١٠٤-د.عبدالحي حجازي،المصدر السابق، ص١٦٧.

[٤٦٥] Mazeaud et tunc,op.cit.p.786,No.931

[٤٦٦] Smith and Keenans,English law,Denis Keenan,Ninth edition,pitman London , 1990, P.353.

[٤٦٧] مثال ذلك حكم محكمة لبنان الجزائية الذي تضمن ان الاختيار ليس شرطا لتوافر اركان مسؤولية المتبوع لان هذه المسؤولية ليست وليدة الاختيار فقط ، بل قد يكون قوامها عدم المراقبة او النقص فيها..لذا تكون الحكومة مسؤولة عن

اما الموقف في العراق ،فاننا لم نجد من بين الاحكام القضائية سواء في مرحلة القضاء الموحد او في المرحلة الحالية بعد انشاء محكمة القضاء الاداري، اي حكم يجعل من عنصر الاختيار للتابع أساسا لمسؤولية المتبوع او ألادارة [٤٦٨]. وهذا امر طبيعي لان المادة ٢١٩ مدني التي تنظم هذه المسؤولية لم تشر الى هذا الأساس كما وان غالبية الفقه في العراق يرفض ان يكون هذا الخطأ أساسا لمسؤولية ألادارة بأعتبار انه بات فكرة تقليدية ومهجورة فقها وقضاءا[٤٦٩]،في حين يذهب البعض الاخر [٤٧٠]الى ان للدولة والبلديات والمؤسسات الاخرى لاتكون مسؤولة الا عن اعمال من تختارهم بنفسها والا فلا مسؤولية.

ومما يؤكد استبعاد عنصر الاختيار من أساس مسؤولية ألادارة في العراق ،ما نص عليه قانون الخدمة المدنية من الشروط اللازم توافرها فيمن يرغب في التعيين لدى دوائر الدولة،وشروط التوظف لديها [٤٧١] وان الجاري في العمل ان ألادارة تختار موظفيها عن طريق المسابقات الامتحانية خصوصا بعد انشاء مجلس الخدمة العامة كجهاز متخصص لتهيئة الاعداد اللازمة من الموظفين عن طريق المسابقات وفقا للمواد(٢٤،٢٩) من قانون الخدمة المدنية[٤٧٢]، فالحكومة والبلديات والمؤسسات الاخرى لا تملك الحق في اختيار موظفيها بنفسها وانما تتقيد في ذلك بما ورد بشانه من شروط في قوانين خاصة مستندا في ذلك الى.ما جاء في المادة التاسعة عشر من الدستور المؤقت التي اعتبرت المواطنين سواسية امام القانون وضمنت تكافؤ الفرص لجميعهم في حدود القانون[٤٧٣]، فلنا ان نقول ان المشرع والقضاء العراقيين قد وفقا في عدم الاخذ بنظر الاعتبار عنصر الاختيار كأساس المسؤولية ألادارة لان هذا الأساس

اخطاء موظفيها–الجلسة الجنائية،١٣/٥/١٩٤٠،الجدول العشري الخامس،ص٢٣٧–عبدالوهاب مصطفى ورابح جمعة،المصدر السابق، ص٢٤٥.

[٤٦٨] وانما تذكر هذه المحاكم في قراراتها لفظ(الخطأ المفترض)فقط دون تحديد لنوعه سواء في الاختيار او الرقابة والتوجيه.ونذكر منها حكم محكمة التميز بمسؤولية مصلحة اسالة الماء عن الاضرار التي احدثها انفجار انبوب العائد لها وبانها قائمة على خطا مفترض لا على خطا متعمد..رقم القرار ٣٥٣ مدنية اولى–تاريخ القرار ٢٨/٧/١٩٧٦–مجلة الاحكام العدلية،٣٤،س٤، ١٩٧٦.

[٤٦٩] في هذا المعنى انظر د. غازي عبد الرحمن ناجي،المصدر السابق،ص٦٤١–د. حسن الذنون ،المصدر السابق،ص٢٨٨–د. عبدالمجيد الحكيم،المصدر السابق،ص٥٧٢–د. محمود سعد الدين شريف،المصدر السابق،ص٤٢٧–د.صلاح الدين الناهي، المصدر السابق،ص٢٥٠.

[٤٧٠] انظر بهذا المعنى فريد فتيان ،مصادر الالتزام ،مطبعة العاني،بغداد،١٩٥٧،ص٣١٩.

[٤٧١] راجع قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠المعدل–المادتان السابعة والثامنة.

[٤٧٢] وقد الغى مجلس الخدمة العامة بقرار مجلس قيادة الثورة المرقم ٩٩٦ في ٢/٨/١٩٧٩،واعطى صلاحية التعين للوزراء او من يخولونهم من موظفين الدرجات الخاصة و المدراء العامين –نشر القرار في جريد الوقائع العراقية العدد ٢٧٢٦ في ٢٠/٨/١٩٧٩.

[٤٧٣] انظر –الدستورالمؤقت العراقي ،وزارة العدل ،دار الحرية للطباعة، بغداد ،١٩٧٨،ص٧.

يتعارض مع التطورات الحاصلة في الدولة، ولا ينسجم مع تعدد الادارات وتوسع نشاطها وما يستلزم ذلك من اعداد مجموعة هائلة من الموظفين للقيام بهذه المهمات.

-المقصد الثاني-

الخطأ المفترض في الرقابة والتوجيه:-

اقترحت هذه النظرية كأساس لمسؤولية ألادارة او المتبوع بعد ان ثبت عدم جدوى الخطأ المفترض في الاختيار في ان يكون أساسا لهذه المسؤولية .وان كانت هذه النظرية كسابقتها تنضوي تحت مفهوم الخطأ المفترض الا ان خطأ ألادارة هنا يكون نتيجة لسوء رقابتها وتوجيهها للموظف ، أي ان دور ألادارة لا يقتصر على اصدار الاوامر والتعليمات الى الموظفين،وانما تتوجب عليها رقابتهم لكيفية تنفيذهم لها بما يضمن حسن سير الاعمال الادارية[474]،فالموظف او التابع عندما يرتكب خطئا اثناء ادائه للوظيفة او بسببها فان مسؤولية ألادارة تقوم عن هذا الخطأ على أساس الخطأ في الرقابة والتوجيه المفترض في جانبها[475]، والاعمال التحضيرية للمادة ١٣٨٤من القانون المدني الفرنسي تشير الى ان المشرع قد اعتمد بشان أساس هذه المسؤولية على ثلاثة اسباب ،وهي سوء اختيار المتبوع لتابعه، وتقصير المتبوع في الاشراف والسيطرة على تابعه،وخضوع التابع للمتبوع وائتماره بامره [476].

و اتجه قسم من الفقه الفرنسي في بادئ الامر الى تأسيس مسؤولية المتبوع او ألادارة على فكرتي سوء الاختيار وسوء الرقابة والتوجيه،بأعتبار ان المتبوع عندما تتقرر مسؤوليته عن التابع يكون قد اساء الاختيار اما اذا لم يتدخل في اختيار التابع، فانه يكون مسؤولا على أساس تقصيره في رقابة وتوجيه التابع وهذا ما يبرر في نظرهم عدم امكانية المتبوع او ألادارة نفي مسؤوليتها باثبات العكس ،لان ارتكاب التابع او الموظف للخطا رغم ممارسة الرقابة عليه يدل في ذاته على عدم جدارته لما وضع فيه من الثقة، وهذا يؤكد عدم الحرص و الدقة من جانب المتبوع في اختياره للتابع[٤٧٧].

وقد اخذ القضاء بهذا الراي في بعض احكامه ،فقضت محكمة النقض المصرية بأن مسؤولية المتبوع تقوم على خطأ مفترض في جانب المتبوع فرضا لا يقبل اثبات العكس مرجعه سوء اختياره لتابعه او تقصيره في رقابته وان القانون حدد نطاق هذه المسؤولية بان يكون العمل الضار غير المشروع واقعا من التابع حال تأدية الوظيفة او

---

[٤٧٤] انظر د.عاطف النقيب ،النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الغير،المصدر السابق،ص١٠٤-و د.حسن علي الذنون، المصدر السابق، ص٢٩٤ .

[٤٧٥] د. سليمان محمد الطماوي ، القضاء الاداري ،-قضاء التعويض....المصدر السابق،ص٢٩٧ .

[٤٧٦] جبار صابر ،المصدر السابق،ص٣١٥ .

[٤٧٧] P.S. Atiyah , op.cit.P.6.

بسببها[٤٧٨]. كما قضت المحكمة ذاتها بخصوص مسؤولية وزارة الداخلية بان مسؤوليتها تقوم على أساس ما افترضه القانون في حقها من ضمان سوء اختيارها لتابعها وتقصيرها في المراقبة[٤٧٩].وقد اكدت الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الحالي على ان أساس مسؤولية المتبوع تقوم على خطأ مفترض بجانبه فرضا لا يقبل اثبات العكس مرجعه سوء الرقابة والتوجيه، وتبين ذلك بوضوح من خلال ما اسفرت عنه المناقشة التي دارت حول المادة ١٧٤ مدني مصري[٤٨٠].

فيمكن القول بان فكرة الخطأ المفترض في رقابة وتوجيه التابع او الموظف هي أساس مسؤولية المتبوع او ألادارة لدى التشريع والقضاء المصريين وهي ايضا المرجع عند غالبية الفقه هناك.

كما وان القضاء الفرنسي اخذ في الاعتبار الخطأ في الرقابة والتوجيه أساسا لمسؤولية المتبوع، فقضى بمسؤولية المتبوع على أساس وجود التابع في تبعيته بحيث تخوله اصدار الاوامر والتعليمات الى التابع وتجعل منه رقيبا على جميع تصرفاته فيما يتعلق بالعمل المعهود اليه[٤٨١].

وقد اخذت محكمة التمييز في العراق ايضا بهذا الأساس اذ قضت بان مديرية مصلحة نقل الركاب العامة تكون مسؤولة عما يقع من اضرار من قبل سواق سيارات المصلحة بما لها من سلطة فعلية عليهم تخولها حق الرقابة واصدار الاوامر اليهم[٤٨٢].

ولا يشترط ان يمارس المتبوع الرقابة والتوجيه بنفسه،فقد يصعب ذلك او يستحيل كما هو بالنسبة للاشخاص المعنوية العامة التي يمارس اعمالها اشخاص طبيعيون وهم الموظفون العاملون لديها، وليس من الضروري ان يكون المتبوع ملما بأصول عمل التابع من الناحية الفنية ،وانما يكفي ان يكون له على التابع سلطة ادارية تؤهله لاصدار الاوامر والتعليمات وممارسة الرقابة والتوجيه ،ويترتب على ذلك ان صاحب المستشفى يكون مسؤولا عن خطأ الطبيب الذي يعمل في المستشفى حتى وان لم يكن صاحب المستشفى طبيبا [٤٨٣].

---

(٤٧٨) حكم محكمة النقض في ١٩٧٦/٣/٢٣،لسنة ٤٢ القضائية –عبد المنعم حسني ،مدونة التشريع والقضاء في المواد المدنية والتجارية،الجزء الثاني،ص١٩ .

(٤٧٩) نقض جنائي مصري ،في ١٩٥٨/١٠/٧–عبدالمنعم حسني ،ص٢٠

(٤٨٠) وجاء في هذه المناقشة "...ان مسؤولية المتبوع كانت مؤسسة على سوء اختياره لتابعه ، فاراد المشرع بهذا النص ان يزيل من الاذهان هذا الأساس الخاطيء وان يرجع مسؤولية المتبوع الى الخطأ المفترض في رقابته وتوجيهه لتابعه ولو لم يكن المتبوع حرا في اختياره اياه ...–مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ،الجزء الثاني،ص٤١٨ وما بعدها –نقلا عن د.سليمان الطماوي،ص٢٩٧.

(٤٨١) حكم محكمة ميلم الفرنسية في ١٩٣٠ سيرية ١٩٣١–١–١٢١–نقلا عن د.محمد الشيخ عمر ،المصدر السابق،ص٨٨.

(٤٨٢) حكم محكمة التميز في ١٩٦٨/١٢/١٩–نقلا عن د. عبدالمجيد الحكيم ،المصدر السابق، ص٥٧٥.

(٤٨٣) د. حسن علي ذنون ،المصدر السابق،ص٢٨٩ .

وقد كان د.عبد الرزاق السنهوري من ابرز المؤيدين في الفقه المصري لنظرية الخطأ المفترض كأساس لمسؤولية المتبوع او ألادارة حيث قال "ان مسؤولية المتبوع عن اخطاء تابعه مبنية على خطا في التوجيه والرقابة ، وهو خطا مفروض في جانب المتبوع لا يكلف المدعي بأثباته، وليس على هذا الا ان يثبت خطا التابع،فيفترض ان المتبوع قد قصر في توجيه تابعه او في رقابته حتى وقع منه هذا الخطأ. والخطأ المفروض بجانب المتبوع لا يقبل اثبات العكس،فلا يجوز للمتبوع ان يتخلص من المسؤولية باثبات انه قد اتخذ جميع الاحتياطات المعقولة لتوجيه تابعه والرقابة على اعماله كما يستطيع ذلك من يتولى رعاية شخص آخر"[٤٨٤].

ويؤيد هذه الفكرة ايضا د. مصطفى مرعي و د.احمد حشمت ابو ستيت ،اذ ينتهي الاخير الى القول بان هذه المسؤولية (مسؤولية المتبوع)لايمكن ردها الى أساس من المنطق الصحيح ولامناص من التسليم بها كما ارادها القانون والقضاء أي اقامتها على أساس الخطأ المفترض في الرقابة والتوجيه [٤٨٥].

واعتبر د. الطماوي الخطأ المفترض في رقابة الموظف وتوجيهه أساسا لمسؤولية ألادارة عن اعمال موظفيها، وان هذا الأساس هو الذي اخذ به القضاء والاعمال التحضيرية للقانون المدني الجديد و جمهور الفقهاء في مصر [٤٨٦].

ولكن بالرغم من تسليم الدكتور السنهوري بنظرية الخطأ المفترض كأساس لمسؤولية ألادارة،الا انه عدل عنها في مرحلة لاحقة بقوله"ولا نظن ان الاعمال التحضيرية على صراحتها في ان مسؤولية المتبوع تقوم على خطأ مفترض تقيد الفقه في اجتهاده،اذ هو ذهب الى أساس اخر لهذه المسؤولية في ظل قانون الجديد"[٤٨٧].يظهر من هذا ان د.السنهوري قد تخلى بشكل نهائي عن نظرية الخطأ المفترض واتجه صوب النظريات الموضوعية .

ومن جانب اخر فان نظرية الخطأ المفترض قد وجهت اليها انتقادات كثيرة كادت ان تزعزع كيانها منها :

١-ان القول بوجود خطأ مفترض غير قابل لأثبات العكس في جانب المتبوع او الادارة يحمل بين ثناياه تناقضا واضحا مما يضعف الثقة بهذه النظرية لانه قد استقر تعريف الخطأ فقها وقضاء بانه "كل اخلال بالتزام قانوني"وان ذلك الالتزام هو التزام ببذل عناية،والخطأ بهذا المعنى هو اتهام للمخطئ في انه اخل بالتزام قانوني،وهذا الاتهام يوجب بالضرورة افساح المجال للمخطئ بان يدفع الاتهام عن نفسه باثبات عدم تقصيره

---

(٤٨٤) د.عبدالرزاق السنهوري،الموجز في النظرية العامة للالتزامات،مطبعة لجنة التاليف،القاهرة،١٩٤٠،ص٣٦١،فقرة٣٥٣.

(٤٨٥) د.احمد حشمت ابو ستيت،مصادر الالتزام دار الفكر العربي ،١٩٦٣،ص٢٦٧ .

(٤٨٦) د. سليمان الطماوي ، القضاء الاداري -قضاء التعويض...،المصدر السابق،ص٢٩٨.

(٤٨٧) د.عبدالرزاق احمد السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،المصدر السابق،ص١٠٤٣ .

بالسبل المقررة لنفي الخطأ او ان يثبت ان مسلكه كان مسلك رجل عادي، وهذا ما لم يسلم به انصار نظرية الخطأ المفترض ،وهنا يكمن التناقض [٤٨٨].

٢-ان فكرة الخطأ المفترض تخالف المادة ١٣٥٤ من القانون المدني الفرنسي والمادة ٤٠٤ من القانون المدني المصري .اذا تقرر هاتان المادتان ان القرائن القانونية تعتبر قرائن بسيطة كقاعدة عامة أي يجوز نفيها بأثبات العكس وهي -اي القرائن-لا تكون قاطعة الا اذا ورد بشانها نص صريح ،ومن ناحية اخرى فان القرينة القانونية يمكن دحضها بالاقرار واليمين ،اما ما لا يجوز دحضه بالدليل العكسي فيعتبر من القواعد الموضوعية[٤٨٩].

٣-ان المسؤولية عن فعل الغير لا تقوم على أساس خطأ المسؤول،واذا كان بعض من الفقهاء قد تجاهل هذا الامر،بالقول ان قرينة الخطأ في الرقابة او الاختيار قرينة قاطعة لاتقبل اثبات العكس فان ذلك لا يغير من واقع الحال شيئا ،فسواء قلنا بعدم اشتراط الخطأ او قلنا بان قرينة الخطأ قرينة قاطعة،فالنتيجة هي عدم تطلب اثبات خطأ المسؤول لثبوت مسؤوليته ،وعدم تمكينه من دفع مسؤوليته بنفي ارتكابه لأي خطأ[٤٩٠].

٤-ينتقد د.السنهوري فكرة الخطأ المفترض ويرى انها تؤدي الى نتيجتين لا يصح التسليم بهما، اولاهما ان مسؤولية المتبوع لو كانت مبنية على خطأ مفترض افتراضا قطعيا لامكن للمتبوع دفع مسؤوليته عن طريق قطع العلاقة السببية بين خطئه المفترض والضرر الحاصل بان يثبت ان الضرر كان لابد واقعا ولو قام بواجبه في الاختيار والرقابة والتوجيه ،وهذا ما لايستطيعه باجماع الفقه والقضاء وهذا دليل على عدم قيام هذه المسؤولية على أساس الخطأ ولو كان هذا الخطأ مفترضا فرضا قاطعا لانتفي بقطع العلاقة السببية.

اما الثانية فهي انه لو كانت مسؤولية المتبوع مبنية على خطا مفترض لسقطت مسؤوليته اذا كان غيرمميز[٤٩١] .

ومما يجدر ذكره هنا، ان مشرع القانون المدني العراقي قد تجنب هذا الانتقاد بوجهيه عندما جعل قرينة الخطأ في المادة ٢١٩ قرينة بسيطة قابلة لاثبات العكس ،كما انه عدد الاشخاص المسؤولين عن اعمال غيرهم في نص هذه المادة ولا يمكن تصور كون أي منهم غير مميز.

لذا فان المشرع العراقي يحمد على مسلكه بشأن المادة ٢١٩ مدني وبخصوص هذه الحالة لأنه كان اكثرمنطقية من المشرعين الفرنسي والمصري.

---

(٤٨٨) د. ابراهيم طه الفياض،مقاله الموسوم محاولة في تحديد معالم الأساس القانوني للمسؤولية عن الاشياء في قضاء مجلس الدولة الفرنسي والفقه والقضاء المدني ،مجلة الحقوق والشريعة، س٥،ع١٤،الكويت،١٩٨١، ص٣٥ص٦٣، بالاشارة الى ص٤٠-٤١.

(٤٨٩) د. محمد لبيب شنب،المسؤولية عن الاشياء ،المصدر السابق،ص٢٦٨.

(٤٩٠) د. عباس حسن صراف،المصدر السابق،ص١٣١ص١٣٢.

(٤٩١) د.عبدالرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد..،المصدر السابق،ص١٠٤٣-١٠٤٤

ويرد الدكتور الطماوي على النقد الذي وجهه الدكتور السنهوري لنظرية الخطأ المفترض في الرقابة والتوجيه،في نطاق مسؤولية ألادارة بقوله ان الأساس الذي فضله الدكتور السنهوري (نظرية الضمان)يستقيم مع القواعد التي تحكم المسؤولية اكثر من فكرة الخطأ المفترض عندما يكون المتبوع فردا عاديا ولا فرق بين الأساسين عندما يكون الامر متعلقا بمسؤولية ألادارة، لان فكرة المتبوع غير المميز لا وجود لها.كما وانه من المتعذر في نطاق المسؤولية ألادارية نفي العلاقة السببية بين الخطأ المفترض بجانب المتبوع وما حدث من ضرر بل وشبه مستحيل بسبب هيمنة ألادارة هيمنة تامة على موظفيها وعلى ظروف اداء العمل بحيث يمكن القول معه بوجود علاقة سببية دائما بين ذلك الخطأ والضرر الذي يصيب الغير(٤٩٢).

الا ان بعض كتاب القانون الاداري قد ابدوا تحفظا بخصوص ذلك،فالدكتور الفياض اورد جملة من ملاحظات على ما رأه الدكتور الطماوي بشأن رأي الدكتور السنهوري، ولاهمية هذه الملاحظات سنوردها فيما ياتي:-

أ-ان نسبة الخطأ الى ألادارة باعتبارها شخصا معنويا عاما لايمكن التسليم به،سواء اكان الخطأ المنسوب الى ألادارة ثابتا(واجب الأثبات) ام مفترضا،لانعدام توافر احد ركني الخطأ فيما نسب اليه فيها.

لكننا لا نتفق مع هذا الرأي ،وكما سبق القول في انه بالأمكان نسبة الخطأ الى ألادارة كشخص معنوي عام بصورة مباشرة واوضحنا المبررات والاسانيد في دعم ذلك(٤٩٣).

ب-ان السلطة الفعلية التي يملكها المتبوع في رقابة وتوجيه التابع،تعتبر شرطا في قيام مسؤولية المتبوع وليس أساسا لها ،وانها لو كانت كذلك لوجب على المدعي ان يثبته ولكان في وسع المتبوع نفيه.

ج-ربما كان من الممكن التسليم بوجهة نظر الدكتورالطماوي لو كان نشاط ألادارة مقتصرا على اصدار القرارات الادارية وذلك لخضوع القرار الاداري لرقابة دقيقة في مراحل متعددة قبل صدوره، الا ان النشاط الاداري لا يقتصر فقط على اصدار القرارات الادارية والتي تمثل احدى اوجه نشاطها ،بل هناك اعمال مادية تتولاها ألادارة حيث تقتصر هيمنة ألادارة على التوجيه العام الغير المحدد ،وتتوقف على طبيعة العمل الذي يمارسه الموظف لحساب الدولة وظروف ادائه،مما يجعل الرقابة شكلية وقليلة الاهمية وحينئذ تتساوي رقابة ألادارة لموظفيها مع رقابة المتبوعين من الافراد لتابعيهم.

ء-مع تسليمنا بامكان افتراض الخطأ في جانب ألادارة ،باعتبار انها مهيمنة ومحكمة الرقابة على موظفيها ،فان ذلك لا يستقيم مع فكرة الخطأ المفترض لان من يملك الهيمنة التامة على تصرفات غيره يعتبر مخطئا بصفة شخصية اذا قصر في واجب الرقابة ولو كان ذلك افتراضا.ولا يمكن التخلص من هذه المسؤولية الا اذا اثبت العكس

---

(٤٩٢) د.سليمان الطماوي ،قضاء الاداري –قضاء تعويض..،المصدر السابق،ص٣٠٠

(٤٩٣) راجع ص٤٠ ص٤٨ من هذا الكتاب.

أي بنفي خطئه، واذا كانت مسؤولية ألادارة عن الاعمال المادية لموظفيها هي مسؤولية تبعية كما يرى د.الطماوي وبأتفاق الفقهاء في فرنسا ومصر بانها مسؤولية عـــن فعـــل الغير وليست مسؤولية ذاتية .

هــ-ان تسليم د.الطماوي بوجهة نظر د.السنهوري فيما يتعلق بأســـاس مســـؤولية المتبوع لو كان فردا عاديا وترجيحه لفكرة الخطأ المفترض كأساس لمســـؤولية ألادارة مع الاصرارعلى وجوب تطبيق م١٧٤ مدني مصري في جميع الحالات، يعنـــي وجــود أساسين مختلفين لمسألة واحدة ينطبق عليها نص واحد ولا يميز اطرافــها الا الصفــة، وهو امر يصعب القبول به(٤٩٤).

٥-وينتقد البعض (٤٩٥) الخطأ المفترض كأساس لمســـؤولية المتبــوع بــالقول ان المتبوع اذا كان خاطئا في اختيار تابعه او مقصرا في رقابته وتوجيهه او كان كليـــهما معا -فما معنى رجوعه على التابع وتحميله عبء التعويض نهائيا وما يستتبع ذلك مــن تحمل التابع وزر خطأ ارتكبه غيره وهو المتبوع .مع ان القانون قد فرض التزاما علـــى عاتق الاخير بسبب خطئه المفترض اذ لولاه لما دفع خطا التابع، ويضيف على ذلك بــان القانون لم يتضمن ما ينبئ بان التابع قد اخطأ عندما انضوى تحت امرة المتبوع حتـــى يكون مسؤولا معه ، كما وان القانون قد نص على مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعـــه عند تحقق شروط هذه المسؤولية -فلا يستوجب ذلك اسناد الخطأ الـــى المتبــوع -لان مسؤوليته قائمة بدون خطأ وهكذا يتوصل الى ان فكرة الخطأ المفترض افتراضا قطعيـــا تقترب في مفهومها من نظرية تحمل التبعة وتبتعد تماما عن نظرية الخطأ ،وانـــها فـــي مجملها تتعارض مع الحلول التي يقرها الفقه والقضاء بحق المتبوع(٤٩٦).

اضافة الى الانتقادات التي وجهت لنظرية الخطأ المفترض سواء في الاختيار او فـــي الرقابة والتوجيه فان الأخذ بهذا الأساس هو افتراض تحكمي لا يتفق والمنطق،لانه يمثل حالة وهمية بعيدة عن الحقيقة اذ انه ليس الا حيلة لجا اليها الفقه والقضاء للأبقاء على الخطأ كأساس لمسؤولية المتبوع او ألادارة ،حيث ان قرينة الخطأ المفروضة في جـــانب ألادارة وغير القابلة لأثبات العكس لا معنى لها على الاطلاق ولا تتعدى كونـــها مجــرد تلاعب بالالفاظ ،والا فما هي هذه القرينة التي لا تقبل الدليل العكسي؟ وماذا يكون الفرق بين هذا القول وبين عدم اشتراط الخطأ كأساس للمسؤولية(٤٩٧).

لذا فاننا نعتقد ان أساس المسؤولية التبعية للادارة يقترب من المصدر الخامس بيــن مصادر الالتزام وهو القانون مبتعدة عن المصدر الثالث (العمل الغير المشروع)وان كانت قائمة ابتداءً بسبب خطا الموظف او التابع .

---

(٤٩٤) ابراهيم طه الفياض،مسؤولية ألادارة...،المصدر السابق،ص٤٩٢ص٤٩٥.

(٤٩٥) في هذا المعنى انظر جبار صابر طه،المصدر السابق،ص٣١٨.

(٤٩٦) المصدر السابق،نفس الصفحة.

(٤٩٧) Atiyah,op.cit,p.10

ومهما يكن من امر فان أساس مسؤولية ألادارة او المتبوع عن اخطاء موظفيها او تابعيها يجب ان يقوم على فكرة اخرى غير الخطأ، لان تأسيسها على قرينة الخطأ غير القابل لاثبات العكس يكون في جوهره مسؤولية لا خطئية أي موضوعية.

ولما تقدم يتوجب ضرورة عدول المشرع العراقي عن نظرية الخطأ المفترض كأساس لمسؤولية المتبوع او ألادارة والاعتماد على أساس موضوعي (كما سنبحثه لاحقا) بحيث يمكنه تبرير هذه المسؤولية بالشكل السليم.

-المطلب الثاني-

النزعة الموضوعية في الاساس التبعي لمسؤولية ألادارة:-

سبق القول ان نظرية الخطأ المفترض في اختيار الموظف او في رقابته وتوجيهه قد تعرضت لأنتقادات فقهية كثيرة مما دفع بالفقه المدني و الاداري الى محاولة ايجاد اسس اخرى لمسؤولية ألادارة بعيدا عن الخطأ وفي هذا الصدد فان الفقهاء لم يستقروا على اتجاه موحد في تقريرهم لهذا الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية ألادارة عن اخطاء موظفيها وفقا للقواعد المدنية ،وانه ازاء التوسع الملحوظ في نشاط ألادارة الحديثة وارتيادها مجالات كانت حكرا على الافراد، لم تعد نظرية الخطأ سواء الصادر عن ألادارة مباشرة او المفترض بجانبها تصلح لتبرر أساس مسؤولية ألادارة، حيث ثبت ان مبدا تعويض الاضرار الناتجة عن النشاط الاداري الذي تبناه مجلس الدولة الفرنسي عن كل اوجه هذا النشاط ،اوسع من ان تستوعبه فكرة الخطأ، فتطلب الامر الاستناد الى افكار اخرى لتبرير مسؤولية ألادارة باعتبارها متبوعا[٤٩٨].

وقد حاول الفقه الحديث البحث عن أساس جديد وموحد لمسؤولية ألادارة عن اخطاء موظفيها ومسؤولية المتبوع عن اعمال التابع ينبع من طبيعة هذه المسؤولية بأعتبارها مسؤولية عن فعل الغير ،ويكون وسيلة من وسائل التقريب بين وجهات النظر الادارية والمدنية باعتبارهِ الغرض الذي من اجله شرع نظام المسؤولية عموما وهو وجوب تعويض الاضرار [٤٩٩].

فطرحت نظريات عديدة في أساس مسؤولية ألادارة التبعية منها نظرية تحمل التبعة، ونظريات اخرى كنظرية الضمان والنيابة والحلول ونظرية التأمين الاجتماعي و نظرية القانون، وسنخصص فرعين مستقلين لدراسة كل هذه النظريات .

<u>الفرع الاول</u>-نظرية تحمل التبعة كأساس للمسؤولية:-

---

(٤٩٨) زهدي يكن ،المصدر السابق،ص٢٠٣ص٢٠٤ -د.طعيمة الجرف،القانون الاداري ،ط٥،دار النهضة العربية القاهرة،١٩٨٥، ص٢٧٢ص٢٨٥.

(٤٩٩) د.ابراهيم طه الفياض ،مسؤولية ألادارة..،المصدر السابق،ص٥٩٨ .

اتجه جانب كبير من الفقة الى تأسيس مسؤولية ألادارة او المتبوع على فكرة تحمل التبعة حتى يمكن معها تفادي الانتقادات التي وجهت الى نظرية الخطأ المفترض بأعتبارها أساسا لهذه المسؤولية(٥٠٠).

ووفقا لهذه النظرية فان ألادارة تنهض مسؤوليتها على أساس من مبدأ الغرم بالغنم ubi emolo-mentum ibi onus، فما دامت ألادارة تلجأ الى الاخرين للاستفادة من شاطهم فعليها ان تتحمل تبعة ذلك النشاط (٥٠١) .

وقد اعتنق هذه النظرية الفقيه Planiol بعد ان كان من اشد المتحمسين لفكرة الخطأ كأساس لمسؤولية المتبوع حيث قال ان فكرة تحمل التبعة هي الفكرة الوحيدة التي يمكن ان تعتبر أساسا، فالانسان جريا وراء الارباح غالبا ما يلجأ الى ادارة اعمال تفوق مقدرته الذاتية،فان قام بها بنفسه فأنه يسأل دون شك عن خطئه،وان استخدم غيره بشأنها فأن الفوائد سوف تعود عليه بأكملها وبالتالي فلا اقل من ان يتحمل مخاطر ذلك العمل،وبذلك فان المسؤولية هنا لا تقوم على افتراض الخطأ وهذا ما يفسر عدم انتفاء تلك المسؤولية عند انتفاء الخطأ (٥٠٢).

ومن جانب اخر فقد اوضح الفقيه لالوا عند دراسته للفقه القضائي حول المسؤولية المدنية ان الأعتبارات التي تطرحها المادة ١٣٨٤ مدني فرنسي تلائم أساس مسؤولية المجموعات العامة عن اعمال موظفيها كتلك التي يتضمنها فقه مجلس الدولة الفرنسي. فما من رأي اخر مقنع يمكن ان تبني عليها المسؤولية عن فعل الغير غير هذه الفكرة التي تقرر أساس المسؤولية بدون خطأ، اي على أساس المخاطر(٥٠٣).

ويذهب الاستاذ ايزنمان Eisenmann نفس مذهب هؤلاء ،ويرى ان أساس مسؤولية ألادارة عن اخطاء موظفيها هو مبدا الغرم بالغنم ويؤكد ان هذه المسؤولية شبيهة بمسؤولية المتبوع عن اعمال التابع المنصوص عليها في مادة ١٣٨٤ مدني فرنسي، وحيث ان لفظ الغنم يتضمن في ذاته معنى الربح الاقتصادي ،فيكون من المستحسن القول بان على ألادارة ان تتحمل المخاطر التي تنشأ عن أي فائدة او مصلحة تعود عليها (٥٠٤) .

كما ويقول الاستاذ Savatier بفكرة تحمل التبعة كأساس لمسؤولية المتبوع اذ يرى انه "من الواضح ان مسؤولية المتبوع هي مسؤولية قانونية،وبما ان القيام بنفي الخطأ امر غير مسموح به فان من الصعب تبرير تلك المسؤولية بناء على الخطأ المفترض،فالمتبوع هو الذي تعود عليه الفائدة من اعماله وبالتالي فانه تقع عليه

---

(٥٠٠) تبنى هذه النظرية في الفقة المدني الفرنسي كل من ديموج Demogueوجوسران Josssereandوسافاتية Savatierوأبري وروAubry rauوايزمان etEsmein–انظر د.عاطف النقيب،النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الغير،المصدر السابق،ص١٠٤.

(٥٠١) د. عبدالرزاق السنهوري الوسيط في شرع القانون المدني الجديد..،المصدر السابق،ص١٠٤٥.

(٥٠٢) انظر د.عباس حسن صراف ،المصدر السابق،ص١٠٤،ايضا د. محمد الشيخ عمر،المصدر السابق،ص٩٩.

(٥٠٣) Rene Chapus, op, cit.p.262.No.245.

(٥٠٤) V.de meme lacceptation de citte idee por M.Eisenmann J.c.p.1242 L.751 مذكور في شابي ،المصدر السابق،ص٢٦١ .

مسؤولية كل ما يترتب على هذا العمل من اضرار ذات صلة به دون اعتبار الأستقلال الذي يتمتع به عماله من الناحية المادية ،وتكفي تبعيتهم الاقتصادية لجعلهم تابعين لـه، بجني الفوائد من وراء ما اسند اليهم من عمل ،وعليه ان يتحمل من الناحية الاخرى، المغارم الناتجة عن ذلك العمل "(٥٠٥).

اما الفقيه Josserand فأنه يفسر مسؤولية المتبوع عن اخطاء التابع ،بما ينتج عن استخدام الاخير من فوائد للمتبوع من خلال توسيع دائرة نشاطه مما يترتب على ذلك احتمال تحقق بعض المخاطر للغير، فلابد للمتبوع من تحمل اعباء تلك المخاطر(٥٠٦).

ويرى الاستاذ جينو Guyenot ان أساس المسؤولية عن فعل الغير واحد في القانون العام والقانون الخاص،ويتمثل في الفكرة التي مؤداها ان من يستخدم نشاط غيره يلزم ان يتحمل نتائج الاضرار التي تصيب الغير بسبب هذا النشاط(٥٠٧) .

اما في الفقه العربي ،فقد ذهب الاستاذ اسماعيل غانم الى اعتبار فكرة تحمل التبعة أساسا لمسؤولية المتبوع او ألادارة فهو يتساءل عن العلة التي من اجلها فرض المشرع على المتبوع هذه المسؤولية فيرد على ذلك بالقول ان العلة ترجع الى فكرة تحمل التبعة ،ولكن ليس تبعة المنافع فقط وانما تبعة سلطة التوجيه والرقابة التي يمارسها المتبوع تجاه تابعه (٥٠٨) .

وينضم د.محمد لبيب شنب الى هذا الراي ويعتبر أساس مسؤولية المتبوع قائما على فكرة الغرم بالغنم، فالمتبوع يكون مسؤولا تجاه المضرور عن خطأ تابعه لسبب بسيط هو انه المستفيد من اعمال تابعه فيكون من العدل ان يتحمل المغارم الناتجة عن ذلك النشاط(٥٠٩) .

كما ويعتبر يوسف جبران ان أساس مسؤولية المتبوعين اوالمستخدمين هو فكرة المخاطر (تحمل التبعة)وليس فكرة الخطأ وان لم تكن الفكرة هذه غريبة كلية عن هذه المسؤولية ،وهي بالتالي مسؤولية وضعية تخلط من هذه الناحية مع المسؤولية عن فعل الحيوان والاشياء الجوامد(٥١٠).

وترى الدكتورة سعاد الشرقاوي وجود أساسين متميزين للمسؤولية عن فعل الغير، لأن المسؤولية في نظرها تمر بمرحلتين،فيكون أساس المسؤولية في كل مرحلة مختلف

---

(٥٠٥) Savatier, op.cit.No.283.

(٥٠٦) Josserand.. : المسؤولية المدنية ،بند١٣-نقلا عن د. محمد الشيخ عمر،ص٩٩.

(٥٠٧) Guyenot ,la responsabilite des Personnes morales pubiJues et prvees considerations, LGPJ. Paris, 1959, No . 237.p.178.

نقلا عن د.ابراهيم الفياض مسؤولية ألادارة ...المصدر السابق،ص٦٠٧ .

(٥٠٨) د.اسماعيل غانم،مصادر الالتزام ،الجزء الاول ،القاهرة،١٩٦٦،ص٤٤٦،فقرة ٢٥٣.

(٥٠٩) د. محمود لبيب شنب ،الموجز في مصادر الالتزام ،دار النهضة العربية ،بيروت،١٩٦٩،ص٧٦.

(٥١٠) يوسف نجم جبران،المصدر السابق،ص٩٤.

عنه في الاخرى، اذ ان الضمان يكون أساسا لمسؤولية ألادارة في المرحلة الاولى(مرحلة انتتبع)وهي المرحلة التي يطالب فيها المضرور ألادارة بالتعويض في كل من قانونين الفرنسي والمصري،اما في المرحلة الثانيةوهي مرحلة الحساب بين ألادارة والموظف حول تحمل العبء النهائي للتعويض، فهي تعتقد ان أساس المسؤولية فيها هو مبدأ الغرم بالغنم ،اي تتحمل ألادارة الاضرار الناتجة عن نشاط موظفيها طالما كانت تستفيد من نشاطهم و ذلك بالأعتماد على طبيعة الخطأ الذي يرتكبه الموظف، فاذا كان الخطأ مرفقيا بحسب المعايير الفقهية السائدة تحملت ألادارة عبء التعويض بصورة نهائية، والا يكون لها حق الرجوع على الموظف بما دفعته من تعويض للمضرور.ومن جهة اخرى فانها تؤكد على ان هذا الأساس هو الذي يميز قواعد المسؤولية الادارية عن قواعد المسؤولية المدنية وله بهذا الصدد اهمية خاصة،لان الاستاذة ترى ان قواعد القانون المدني لاتعرف مسؤولية حقيقية عن فعل الغير لعدم تضمنها القواعد التي تحمل المتبوع عبء التعويض بصورة نهائية دون ان يكون له حق الرجوع على التابع[٥١١].

اما في العراق، فان قسما من الفقه يحبذ هذه النظرية كأساس لمسؤولية المتبوع او ألادارة، فقد ذهب د.الفياض الى ان اساس المسؤولية عن فعل الغير ينبع من ذات الأساس الذي تقوم عليه الرابطة بين رب العمل والغير او بين ألادارة والموظف وهو مبدأ المنفعة ،اذ يؤكد وجوب استبعاد فكرة (السلطة مقابل المسؤولية)او فكرة (من يمارس سلطة في مواجهة الغير عليه ان يتحمل تبعتها)من ان تكون أساسا للمسؤولية، لأن السلطة هي وسيلة لتحقيق الفائدة المتوخاة من قيام شخص ما بتشغيل غيره لحسابه، فهو يرى ان أساس مسؤولية ألادارة عن اعمال موظفيها يكمن في المنفعة التي تعود على ألادارة بتشغيلها الموظف لحسابها وان فكرة السلطة لاتتعارض مع المنفعة، لان السلطة التي تمارسها ألادارة ازاء الموظف على شكل اوامر قانونية او رئاسية او رقابة التضمين ،تستهدف تحقيق اكبر قدر من الانتفاع من اعمال الموظف. فهو ينبه الى ان المنفعة باعتبارها أساسا لمسؤولية ألادارة لا تعني وجوب تحمل نتائج جميع اوجه النشاط الضار لموظفيها بل تتحدد مسؤوليتها عن الموظفين بقدر ما تحملهم من واجبات، اما ما يحصل خارج نطاق هذه الواجبات فلا تدخل في مفهوم المنفعة وبالتالي لا تؤدي الى قيام مسؤولية ألادارة .كما وانه يقصر مسؤولية ألادارة وفقا لفكرة المنفعة على الاعمال الخاطئة لموظفيها اما النشاط المشروع لهؤلاء فلا يوجب مسؤولية ألادارة ازاءه لان المنفعة في نظره لا تعني وجوب تحمل ألادارة للنتائج الضارة لنشاط الموظفين المشروع[٥١٢] .

والملاحظ على هذا الرأي ان مدلول (المنفعة)فيه يقترب في جزء كبير منه من مفهوم تحمل التبعة اذ ان ما قاله بشأن المنفعة لا يختلف عن فكرة تحمل التبعة ولا

---

[٥١١] اشير الى هذا الراي في مؤلف د.محمود حلمي ،القضاء الاداري،المصدر السابق،ص٢٣٥-٢٣٦-ايضا د.ابراهيم الفياض. مسؤولية ألادارة في العراق ،المصدر السابق،ص٦٠٨..

[٥١٢] د. ابراهيم الفياض،ص٦١٤-ص٦١٥.

يتعدى عن كونه تضييق من نطاقها، هذا من جهة ،ومن جهة اخرى فانه على فرض صحة هذا القول فاننا نعتقد ان مبدا المنفعة هو ابعد من ان يصبح أساسا لمسؤولية ألادارة او المتبوع لصعوبة تحديد المستفيد الحقيقي من نشاط ألادارة،هل هو الادارة نفسها ام مجموع الافراد المستفيدين من خدماتها فيكون من الافضل استبعاد هذه الفكرة لما يكتنفها من غموض.

ويعتنق د.الخطيب[٥١٣]فكرة تحمل التبعة ويعتبرها الأساس الوحيد لمسؤولية المتبوع او المخدوم وفي الدفاع عن هذه الفكرة،فانه يتبنى ما قاله الفقيه الفرنسي سافاتيه بهذا الصدد من ان "القول والتمسك بقرينة الخطأ،دون الاعتراف صراحة بتطبيق نظرية تحمل التبعة مجرد من كل معنى ،ولان هذا التعبير لا يكفل شيئا ،ولان وجود الخطأ او عدم وجوده بجانب المخدوم لا تأثير له قانونا"ومن ثم فانه يؤكد ان التعليل الصحيح للمسؤولية عن فعل الغير لا يمكن ان يستقيم الا بالاستعانة بفكرة تحمل التبعة او الغرم بالغنم.

كما ويذهب البعض الاخر الى ان الأساس الحقيقي لمسؤولية المتبوع هو مبدأ تحمل التبعة[٥١٤]، وانه يصلح ان يكون أساسا موحدا تقوم عليه مسؤولية ألادارة عن اخطاء موظفيها وكذلك مسؤولية المتبوع عن اخطاء تابعه[٥١٥].

وقد أخذ القضاء في القانون المقارن بهذه النظرية لتبرير المسؤولية عن فعل الغير، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها انه رغم ان الشركة لم تقم بأختيار ذلك البحار، الا انها قبلته ودفعت له اجرة نظير العمل الذي يؤديه لحسابها ولمصلحتها التجارية[٥١٦]. كما وقضى مجلس الدولة الفرنسي في احد احكامه ان الاضرار التي يجب ان تتحملها الافراد عادة من ممارسة النشاط الضبطي هي مقابل المنفعة التي يحصل عليها هؤلاء الافراد من وجود ونشاط هذا المرفق[٥١٧].

كما واعتبرت المحاكم المصرية نظرية تحمل التبعة (المخاطر)أساسا لمسؤولية المتبوع او ألادارة ولكنها حددتها في نطاق ضيق فحكمت المحكمة الادارية العليا بان أقامة مسؤولية الحكومة على أساس تبعة المخاطر لا يمكن الأخذ به كأصل عام ،اذ مقتضاه ان تقوم المسؤولية على ركنين فقط،هما الضرر والعلاقة السببية بين نشاط ألادارة في ذاتها وبين الضرر حتى ولو كان هذا النشاط غير منطو على خطأ،ولكن

---

(٥١٣) د. حسن الخطيب،المصدر السابق،ص٢٠٦ص٢٠٧ .

(٥١٤) بهذا المعنى انظر،جبار صابر ، المصدر السابق،ص٣١٨.

(٥١٥) انظر في هذا –عادل احمد الطائي،المصدر السابق،ص١٩٦.

(٥١٦) دولان:فكرة التبعية ،رسالةباريس،١٩٣٣،ص١١٥ ما بعدها –وايضا نقض فرنسي ٢ اكتوبر١٩٤٢،جازيت باليه ١٩٤٢–٢–٢٤٣–نقلا عن د. محمد الشيخ عمر ،المصدر السابق،ص١٠٠ .

(٥١٧) حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية Lecomte في ٢٤ يونيو ١٩٤٩–المجموعة ،ص٣٠٧–نقلا عن د. ابراهيم الفياض ، ص٦١٥.

نصوص القانون المدني وقانون مجلس الدولة المصري قاطعة في دلالتها على انها عالجت المسؤولية على أساس قيام الخطأ.....)[418].

كما و قضت محكمة التمييز في العراق من انه اذا كان السائق يقود سيارته بسرعة شديدة وبعدم انتباه و خلاف التعليمات فذلك يدل على رعونة وأستهتار بأرواح الناس... ويجعل دائرته الحكومية التي استخدمته مسؤولة عن تعويض الاضرار التي احدثها السائق المذكور ولا يمنع من ذلك حصول السائق على اجازة سياقة وكون السيارة التي كان يستعملها صالحة للاستعمال[519].

فلا بد ان يكون أساس مسؤولية ألادارة هذه عن خطأ سائقها مبنية على أساس تحمل التبعة واذا كان لنظرية تحمل التبعة الاشعاع الذي استجلب البعض من فقهاء القانون،الا انها عجزت وحدها لان تكون الأساس القانوني لمسؤولية ألادارة او المتبوع عن اعمال الموظفين او التابعين،اذ ان فيها ثغرات لم يفلح من ايدها لملئها[520] ،واهم ما وجه اليها من نقد:

١-لقد قيل انه اذا كانت مسؤولية ألادارة مبنية على أساس تحمل التبعه استوجبت مسألتها عن كل فعل يصدرعن الموظف ويسبب ضررا للغير، دون قصر تلك المسؤولية على التصرفات الخاطئة فحسب .اذ ان ألادارة تستفيد من كل نشاط يقوم به الموظف بصرف النظر عن اتصافه بالخطأ او عدمه،ووفقا لنظرية تحمل التبعة يتوجب قيام مسؤولية ألادارة عن كل هذه النشاطات،وهذا ما يخالف ما هو معمول به فقها وقضاء بقصر المسؤولية على الأعمال غير المشروعة للموظفين فقط بأعتبارها شرطا من شروط قيام مسؤولية ألادارة او المتبوع[521].

ويمكن الرد على هذا النقد بالقول بان المسؤولية عن العمل الشخصي هو الاصل العام،والمسؤولية عن عمل الغير هو الاستثناء،وكما ان الخطأ يعتبر أساسا للمسؤولية الشخصية اذ بدونه لا تقوم تلك المسؤولية مع ان الشخص يستفيد عادة من كل الاعمال التي تقوم بها وانه لا يسأل الا عن ما كانت منها متصفة بالخطأ،فمن باب أولى عدم مساءلة الشخص عن اعمال غيره عدا ماهو غير مشروع،لان العلة في الحالتين متحققة وهي جني المكاسب من وراء تلك الاعمال،اما تأسيس المسؤولية على أساس الضرر كأصل عام فأنه لم تصل اليه معظم التشريعات في الوقت الحاضر الا القليل منها[522]، كما سنفصله في الفصل الثالث من هذا الباب.

---

(٤١٨) حكم محكمة الادارية العليا في ١٩٥٦/١٢/١٥-الطعن ١٥١٩/٢ق-عبدالمنعم حسني،مدونة التشريع والقضاء..،المصدر السابق،ص١٤ .

(٥١٩) رقم قرار ٢٢/م٤ ١٩٨٢- تاريخ القرار ١٩٨٥/١/٢٧-مجموعة الاحكام العدلية،العدد الاول ،لسنة ١٣،١٩٨٢،ص٣٠.

(٥٢٠) د.عاطف النقيب،النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الغير ،المصدرالسابق س،ص١٠٥ .

(٥٢١) انظر بهذا الصدد-د.عبدالرزاق السنهوري،الوسيط في شرح ...،المصدر السابق،ص١٠٤٥ -ود.انور سلطان، النظرية العامة الالتزام،الجزء الثاني-احكام الالتزام،١٩٦٢،ص٦٠٢-ود.عبدالحي حجازي،المصدر السابق،ص٥٢٨.

(٥٢٢) انظر مقاربا لهذا المعنى -عادل احمد الطائي ،المصدرالسابق،ص١٩٦.

٢-ان تأسيس مسؤولية المتبوع على فكرة تحمل التبعة يعجز عن مواجهة بعض الحالات كما لو تم استعارة خدمات التابع الى متبوع اخر ،والمسؤولية تقع عادة على احد المتبوعين،فاذا اتخذت فكرة تحمل التبعة أساسا لهذه المسؤولية ،فان كلا المتبوعين يستفيدان من خدمات التابع،وهذا مما يجعل الامر غامضا لا يمكن معه التوصل الى حلول سليمة [٥٢٣] .

والملاحظ ان هذا القول لا يمكن ان يستقيم مع مسؤولية ألادارة عن أعمال الموظف. لأن الدائرة الجديدة المستعيرة تعتبر هي المتبوع طيلة مدة الاعارة من الناحية العملية. لذلك نكون امام متبوع واحد وليس متبوعين كما يدعيه صاحب هذا النقد.

٣-ويعاب على هذه الفكرة بكونها غير منسجمة مع ما استقر عليه الفقه والقضاء وما قرره التشريع في حق المتبوع او ألادارة بالرجوع على التابع او الموظف بما دفع من تعويض بدلا عنه،فلو صح قيام المسؤولية على فكرة تحمل التبعة لما امكن ذلك الرجوع حيث يكون المسؤول عن فعل الغير قد تحمل تبعة نشاط استفاد منه فيكون قد اخذ مقابلا لما اعطى، فلا يبقى محلا للرجوع على التابع او الموظف مرتكب الخطأ[٥٢٤].

ولكن يرد البعض على هذا النقد بان المتبوع غالبا ما يتحمل بمفرده عبء التعويض من الناحية العملية ،كما وانه يتحمل وحده المسؤولية عن الضرر عند عدم معرفة مرتكب الخطأ وخاصة عندما يكون المتبوع صاحب مشروع كبير،لذلك يكون هو المسؤول النهائي ازاء المضرور[٥٢٥]. ومن ناحية اخرى فأن نطاق تطبيق دعوى حق الرجوع المقررة للمتبوع ضد محدث الضرر هو احكام المادة ١٣٨٢ مدني فرنسي بينما تحكم تحمل التبعة العلاقة بين المضرور ورب العمل[٥٢٦].

لذا فان فكرة تحمل التبعة لا يمكن لها ان تكون أساسا للمسؤولية التبعية للادارة لعدم امكانها تفسير كل الحالات المتعلقة بهذه المسؤولية ولتناقضها مع بعض الحلول المقررة تشريعا وقضاء بشأن حالات الرجوع للمتبوع او ألادارة على التابع او الموظف. فلا يمكن لهذه النظرية تبرير المسؤولية عن فعل الغير سواء في القانون العام او القانون الخاص .وقد ذهب جانب من الفقه الحديث الى الاستعانة بأفكار ونظريات أخرى لأيجاد الأساس السليم والتبرير المنطقي لمسؤولية ألادارة او المتبوع عن فعل الغير وهذا ما نتناوله تباعا في الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الثاني -نظريات اخرى في أساس مسؤولية ألادارة باعتبارها متبوعا:-

رغم الاهمية التي وصفت بها نظرية تحمل التبعة عندما استبعدت نظرية الخطأ المفترض من ان تكون أساسا لمسؤولية ألادارة ،فان ثمة فقهاء اخرين ذهبوا الى ابتداع

---

[٥٢٣] د.محمد الشيخ عمر ،المصدر السابق،ص١٠٢.

[٥٢٤] انظر د. احمدحشمت ابو ستيت،المصدر السابق،ص٤٨٨-و د. عبدالرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،المصدر السابق،ص١٠٤٦.

[٥٢٥] في هذا المعنى انظر د. ابراهيم طه الفياض ، مسؤولية ألادارة،المصدر السابق،ص٦٠٩.

[٥٢٦] راجع د. احمد شوقي عبدالرحمن،المصدر السابق،ص٢٢-و د. حسن الخطيب،المصدر السبق،ص٢٠٧ .

نظريات اخرى بهذا الشأن وكلها تطرح جانبا فكرة الخطأ المفترض و تحمل التبعة وتؤكد ان المتبوع يتحمل جريرة تابعه لا تبعة نشاطه ،واهم هذه النظريات هي فكرة النيابة (Representation) وفكرة الحلول(Substitution)وفكرة الضمان(garantei) ونظرية القانون(LaLoi)[٥٢٧].

اما فكرة النيابة[٥٢٨]، فمفادها ان التابع نائب عن المتبوع في ممارسته لنشاطه،فكما يلزم النائب الاصيل في ما يقوم به من تصرفات قانونية في حدود نيابته،كذلك يلزم التابع المتبوع بما يقوم به من اعمال فالتابع الذي نال ثقة المتبوع بحيث اعتمد عليه في اداء اعماله مما يترتب عنه اعتبار خطا التابع بمثابة خطأ المتبوع.

وتتسع النيابة هنا لتتناول التصرفات القانونية والاعمال المادية،اذ ذهب كل من الاستاذ مازو والفقيه شيروني Chironi الى ان النيابة يمكن ان تتجاوز نطاق الاعمال القانونية الى نطاق الاعمال المادية ،كما وتتميز هذه النيابة بأنها قانونية وليست اتفاقية[٥٢٩]، وانها مقررة لمصلحة النائب وليس لمصلحة المنيب خلافا للقواعد العامة في النيابة [٥٣٠].

واعتمادا على هذا الأساس قررت محكمة النقض الفرنسية مسؤولية صاحب الفندق بوصفه متبوعا، عن السرقة التي وقعت من تابعه وفقد النزيل نتيجة لها مجوهراته المودعة في امانات ذلك الفندق ومما جاء في حيثيات الحكم "حيث ان المادة ١٣٨٤ من القانون المدني الفرنسي تسأل المتبوع عن الاضرار التي تلحق الغير نتيجة لفعل تابعه غير المشروع ،وحيث ان هذه المسؤولية تعتبر مسؤولية مطلقة فان التابع يعتبر ممثلا للمتبوع"[٥٣١]. كما وقضت محكمة الأستئناف الفرنسية بأن التابع يعتبر ممثلا للمتبوع وان الأساس القانوني لمسؤولية المتبوع هو استبدال الاخير بالتابع [٥٣٢].

ولكن يلاحظ على انصار هذه الفكرة مبالغتهم وتوسيعهم لمدلولها ،فالنيابة تصح قانونا في الاعمال القانونية وليس في الاعمال المادية [٥٣٣].كما وان النيابة تؤدي الى نتيجة غير مقبولة،اذ تقتضي رجوع المضرور على المنيب في حين يحق للمضرور ان

---

[٥٢٧] جبارصابر ،المصدر السابق ،ص٣١٨.

[٥٢٨] من المنادين بهذه النظرية ،كولان،و كابيتان،و دىلاموراندير،و بلانيول،و ريبر،و بولانجي–انظر د. عبدالمنعم فرج الصدة، المصدر السابق،ص٦٦٠ .

[٥٢٩] انظر د.محمد الشيخ عمر،المصدر السابق،ص٩٤ – د. عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط...،المصدر السابق، ص١٠٤٧

[٥٣٠] د. غازي عبد الرحمن ناجي ،مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع،مقاله السابق ،ص٦٥٩.

[٥٣١] حكم محكمة النقض الفرنسية في ١١ مايو ١٩٤٦ ،دالوز١٩٤٦–١–١٩٢–نقلا عن د. محمد الشيخ عمر،ص٩٥.

[٥٣٢] مشار اليه في عزالدين الديناصوري و عبد الحميد الشواربي،المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء،القاهرة،١٩٨٨، ص٢٧٩.

[٥٣٣] ولكن هذا الانتقاد لا محل له في القانون العراقي لان المادة ٩٢٧ من القانون المدني جعل النيابة(الوكالة)مطلقة بحيث تشمل الاعمال المادية و القانونية بنصها "الوكالة عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم".

يرجع على التابع او على المتبوع او على كليهما معا وهنا تظهر الهوة الواسعة بين هذه الفكرة وبين ان تكون أساسا للمسؤولية التبعية [٥٣٤].

يضاف الى ذلك ان فكرة النيابة لا يمكن التعويل عليها في مجال مسؤولية ألادارة عن اخطاء موظفيها،لان طبيعة العلاقة التي تربط الموظف بألادارة هي علاقة تنظيمية محكومة بالقوانين واللوائح،بينما تفترض النيابة في نطاق القانون الخاص ارتباط طرفيها بعلاقة تعاقدية.لذا يجب استبعاد هذه الفكرة من ان تصبح أساسا لمسؤولية الادارة.

ويؤسس قسم اخر من الفقهاء مسؤولية المتبوع على فكرة الحلول،اي حلول التابع محل المتبوع في اعماله فيصبح الاثنان بمثابة شخص واحد من الوجهة القانونية،فيعتبر التابع امتدادا لشخصية المتبوع.ومن انصار هذه النظرية الفقية **Chironi** اذ يرى ان هناك اتحادا حقيقيا بين شخصي التابع والمتبوع بالنسبة للغير ،وان كل ما يؤديه التابع يعتبر كأنما يقوم به المتبوع شخصيا[٥٣٥].

كما ويعتنق هذه النظرية ايضا الاستاذان هنري وليون مازو،فبنظرهما ان مايميز مسؤولية المتبوع هو عدم امكانه اعفاء نفسه طالما ثبت ارتكاب تابعه للخطا، والعلة في ذلك تكمن في الرابطة بين التابع والمتبوع،فالشخص الذي يستعين بتابع يؤدي له خدماته يكون في الواقع قد جعل نشاطه يمتد الى التابع فيظهر عمله وكأن المتبوع هو الذي قام به، ففي مواجهة الغير يكون فعل التابع هو في عين الوقت فعل المتبوع بحكم الاختلاط بين شخصيهما. فالتابع هو ذراع المتبوع فيكون من غير المعقول ان لايتحمل المتبوع المسؤولية المترتبة عن فعل تابعه اوالتنصل من هذه المسؤولية[٥٣٦].

وقد تبنت محكمة النقض الفرنسية هذا الأساس في بعض احكامها،فقررت"ان مسؤولية المتبوع من الناحية القانونية،وبالنظر الى التعويضات المدنية لاشك تختلط مع مسؤولية التابع"[٥٣٧].

كما وقررت محكمة النقض المصرية مسؤولية المتبوع اعتمادا في أساسها على فكرة الحلول، وجاء في حكمها ان المادة ١٥٢ مدني قديم (١٧٤ مدني حالي) جعلت المسؤولية تتعدى الى غير من احدث الضرر استثناء من القاعدة العامة في المسؤولية التي تلزم محدث الضرر بالتعويض،وهذا الاستثناء على كثرة ما قيل في صدد تسويغه، أساسه ان شخصية المتبوع تتناول التابع بحيث يعتبران شخصا واحدا[٥٣٨].كما و ان

---

(٥٣٤) عزالدين الديناصوري و عبدالحميد الشواربي،ص٢٨٠ .

(٥٣٥) انظر د. احمد حشمت ابو ستيت،المصدر السابق،ص٤٨٩-د. عبدالحي حجازي،المصدر السابق،ص٥٢٩ ود.حسين عامر و عبدالرحيم عامر،المصدر السابق،ص٦٣٥.

(٥٣٦) **H.L MaZeaud et tunc,op.cit.No.934-938,p.1010-1012.**

وراجع ايضا د.عاطف النقيب،النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الغير ،المصدر السابق،ص١٠٧

(٥٣٧) حكم ٢٤ كانون الثاني ١٩٢٤ ،جازيت باليه ١٩٢٤-١-٣٠-نقلا عن د. محمد الشيخ عمر،المصدر السابق، ص٩٥.

(٥٣٨) نقض مدني ١٤ اذار ١٩٤٢ مجموعة عمر -٣-رقم١٥٦-نقلا عن د.عبدالرزاق السنهوري،الوسيط في شرح....المصدر السابق، ص١٠٤٨

القانون العام يقر فكرة الحلول في مجال الوظيفة العامة،كأن يتولى موظف المسؤولية الادارية بدلا عن موظف اخر لفترة قد لا تكون محددة في عدد من الحالات فيمارس هذه الصلاحيات و الاختصاصات فتلقى مسؤولية ممارسته عليه، و من ذلك حلول نائب المحافظ محل المحافظ في حالة غيابه رسمياً او عند تعذر ممارسته اختصاصاته الدستورية،و غيرها من الحالات. و ينظم المشرع عادة هذا الامر بالنص صراحة على الحلول[٥٣٩].

ولم تسلم هذه النظرية ايضا من سهام النقد ،اذ قيل انها تقوم على افتراض ينافي الحقيقة لانها تجعل من خطأ التابع خطأ للمتبوع، والمعلوم ان الخطأ يكون شخصيا كما وتؤدي هذه النظرية الى تذويب شخصية التابع في شخصية المتبوع ،بحيث نكون امام شخص واحد وبالتالي مسؤولية واحدة في حين ان هناك في الواقع مسؤوليتين، مسؤولية التابع ومسؤولية المتبوع ،ومما يثبت ذلك حق الرجوع المقرر للمتبوع على التابع او حق المضرور في مقاضاة التابع او المتبوع او كليهما [٥٤٠].

و الملاحظ ان هذه الفكرة لا تصلح كأساس لمسؤولية ألادارة ،لان فكرة الحلول تجعل المتبوع مسؤولا عن جميع اخطاء التابع باعتباره حالا محل المتبوع في القيام بأعماله، في حين ان من الثابت ان المتبوع لا تقوم مسؤوليته الا عن قسم من اخطاء التابع، وكذلك الحال بالنسبة لمسؤولية ألادارة عن اخطاء الشخصية للموظف وهذا ما يؤكد ضرورة استبعاد نظرية الحلول من مجال مسؤولية ألادارة .

ويرى البعض[٥٤١]ان أساس مسؤولية المتبوع او ألادارة عن اعمال التابع او الموظف هي نظرية القانون، بالقول"ان مصدر مسؤولية المتبوع هو القانون، فالقانون كما نعلم مصدر من مصادر الالتزام . وقد قرر المشرع مسؤولية المتبوع مدفوعاً باعتبارات ترجع للعدالة والتضامن الاجتماعي وغايته في ذلك التيسير على المضرور في الحصول على التعويض عن الضرر الذي اصابه ،فالمتبوع أملأ دائما من التابع ولكنه لم يحمله نهائيا مبلغ التعويض بل اجاز له الرجوع على التابع بما ضمنه ".

والملاحظ على هذا الرأي انه غير كاف لتبرير المسؤولية عن فعل الغير، لان القانون وكما هو معلوم يقرر قاعدة موضوعية عامة تضع حلا لمسألة قانونية واحدة مطلقة دون تحديد،كأن يقرر مسؤولية ألادارة عن اخطاء موظفيها عند تحقق شروط معينة، ففكرة القانون لاتغني عن البحث في أساس هذه القاعدة والحكمة التي من اجلها تقررت نظرا للأهمية وضرورة التعرف على هذا الأساس الذي تتقرر استنادا اليه مسؤولية شخص عن خطأ شخص اخر.

---

(٥٣٩) انظر د.سليمان الطماوي،النظرية العامة للقرارات الادارية،المصدر السابق،ص٢٩٩-و ايضاد.ماهر صالح علاوي، المصدر السابق، ص١٥٦

(٥٤٠) راجع د. عبدالمنعم فرج الصدة ،المصدر السابق،ص٦٦٠-و د.غازي عبدالرحمن،مسؤولية المتبوع..،المصدر السابق،ص٦٥٩-و د.حسين عامر ، عبدالرحيم عامر،المصدر السابق،ص٦٣٦ .

(٥٤١) بهذا المعنى انظر د. عبدالمجيد الحكيم،المصدر السابق،ص٥٨٢.

مهما يكن من امر فان هذا الأساس يستقيم مع مسؤولية ألادارة عن اعمال الموظف اكثر من مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع ،وتأكيدا لهذا ذهبت محكمة النقض المصرية الى ان علاقة الموظف بالحكومة هي علاقة تنظيمية تحكمها القوانين و اللوائح الصادرة بشأنها والتي تحدد حقوق المواطنين وواجبا ت كل وظيفة بصرف النظر عن شاغلها، وقد بين المشرع حقوق الموظفين وحدد واجباتهم والاعمال المحرمة عليهم في ..وان مسؤولية امناء المخازن وجميع ارباب العمل عما في عهدتهم لا تنسب الى العمل غير المشروع بل تنسب الى القانون الذي انشأها[٥٤٢].

وبرزت اخيرا نظرية الضمان أساسا لمسؤولية المتبوع او ألادارة ونادى بها جانب كبير من الفقه المقارن، وفحواها ان القانون يضمن للمضرور لاعتبارات العدالة وتحقيقا للتوازن الاقتصادي في العلاقات القانونية ان يحصل المضرور على حق له ازاء فاعل الضرر (التابع)من شخص اخر (المتبوع) لوجود علاقة قانونية (رابطة تبعية) تربط بين التابع والمتبوع.وقد اتخذ الفقية Domat هذه النظرية أساسا للمسؤولية عن فعل الغير، كما يزعم انه الأساس الذي اخذ به القانون الروماني[٥٤٣].

و شايع هذه النظرية ايضا بعض من الفقهاء الفرنسيين وذلك عند قولهم بان المادة ١٣٨٤ من القانون المدني الفرنسي انما تقرر حكما موضوعيا لا قاعدة اثبات ،ويصح هذا القول ايضا بشأن المادة ١٧٤ مدني مصري، فهذه المواد لا تتضمن قرينة قانونية على خطأ المتبوع ،وما يقال انها تشتمل على قرينة قاطعة قول ليس له معنى قانوني، ولا يعدو ان يكون مجرد تعبير غير سليم عن قاعدة موضوعية.لان القرينة القاطعة فكرة مشكوك في صحتها، اذ ان القرينة لابد وان تقبل الدليل العكسي، فاذا امتنع عن الاثبات اصبحنا امام قاعدة موضوعية حقيقية[٥٤٤].

وبهذا الصدد يذهب الاستاذ Chapus[٥٤٥] الى ان المسؤولية عن فعل الغير في القانونين العام والخاص هي عبارة عن الضمان ، فالمتبوع او ألادارة ملزمان بتعويض الاضرار لأنهما ضامنان او مؤمنان للاضرار التي تصيب الغير نتيجة اخطاء موظفيها اوتابعيها ،اذ ان التابع يؤدي وظيفته لحساب ولمصلحة المتبوع و الموظف يقوم باعماله لحساب ومصلحة المجموعة العامة، فلابد لهؤلاء ان يضمنوا اخطاء وشوائب اعمال الموظفين او التابعين لكونهم المستفيدين من مزاولة تلك الاعمال وقد فسر سبب الضمان بمبدأ التبادل بين المنفعة والخطر ،فضمان المتبوع لتابعه والجماعة العامة لموظفيها ليس بسبب حكم قانوني او التزام ارادي، وانما عن طريق الارتباط بين

---

[٥٤٢] نقض مصري في ١٠/٦/١٩٧١-المجموعة ٢٢ ص٧٥٦ -عن عبدالمنعم حسني ، مدونة التشريع والقضاء ...المرجع السابق،ص٤ .

[٥٤٣] انظر د. عباس حسن صراف.المصدر السابق،ص١٣-د. عبدالحميد الشواربي و الديناصوري،المصدر السابق، ص٣٨.

[٥٤٤] راجع بهذا الصدد..-Atiyah,op.cit.p.18.-وايضا د.عبدالمنعم فرج الصدة،المصدر السابق،ص٦٦٠-ويوسف نجم جبران.المصدر السابق.ص١٣١

[٥٤٥] Rene chapus ,op.Cit . p.261-262, No.245.

المنفعة والخطر،اذ يملك قيمة اقتصادية وادبية معا ،فضلاعن انه يعـــد فـــي الحقيقـــة الأساس الوحيد للمسؤولية عن فعل الغير في القانون الخاص وفي القانون العام.

ولكن سعيا وراء الحقيقة فان هذه الفكرة سبق وان طرحها بطريقة متقنة في الفقـــه الفرنسي الفقيه مارسيل بلانيول بما سمته فكرة المشـــروع L'idee de entreprise والتي فسرت بجلاء سبب مسؤولية الشخص عن الاخر في القـــانون الخـــاص،وكذلـــك مسؤولية الجماعات العامة عن الموظف ،فالتبادل بين الربح(المنفعة)والخطر النـــاتجين عن اشتراك المتبوع (ألادارة) والتابع (الموظـــف)فـــي ذلـــك المشـــروع هـــو أســـاس المسؤولية، الا انه لم يستقر عليها.

كما و يؤيد العميد ليون دكي نظرية الضمان ولكنه يعرضها في صورة جديدة تعتمـــد على العلاقة بين الحق في الامن وما يقابله من الالتزام بالامن، وبين الاعمال والنشاطات التي يزاولها الناس من اجل الأزدهار والرقي[٥٤٦].

وركز الفقية Starck على نظرية الضمان لتأسيس مسؤولية المتبـــوع،اذ اكـــد ان حقوق الشخص يجب ان تصان او تحمى ازاء كل اعتداء عليـــها ،فالمســـؤولية ترتبـــط بالنشاط الذي قد يضر بالغير ما لم يكن فاعل الضرر صاحب حق في التصرف والاضرار بالاخرين دون ان يحاسب على ذلك. ومن جانب فانه قد وسع من مدلول (النشاط)عندمـــا قال انه يمكن للشخص ان يتولى نشاطه بنفسه وعندها يعتبر فعلـــه الخـــاطيء خطئـــا شخصيا له، ويمكن ان يمارس نشاطه باستعمال شيء يكـــون وســـيلة لعملـــه فتقـــوم المسؤولية عن فعل الشيء، و كما يمكن ايضا ان يستعين بخدمات الغير مـــن الافـــراد للقيام بنشاطه وعندها يكون التابع الذي استخدمه بمثابة(الة عاقلة)في يـــده. امـــا مـــا يخرج عن اطار النشاط الذي استخدم التابع للقيام به فلا مسؤولية على المتبوع،اذ انـــه يضمن فقط ما ينتج عن نشاطه من فعل ضار للغير[٥٤٧].

ويرى الاستاذ Tunc ان أساس مسؤولية المتبوع يكمن في نظريـــةضمان عيـــوب التابع، فكما ان الحارس يضمن عيوب الشيء الذي في حوزته. فكذلك الحال في المتبوع فيجب ان يضمن عيوب تابعه تجاه الغير، طالما كان هناك سلطة للحارس او المتبوع في استعمال الشيء او في رقابة وتوجيه التابع.

وعيوب التابع بمعناها الواسع تنصرف لتشمل كل صـــور الخطـــأ او الشـــوائب ذات الصفة المعنوية او النفسية او الجسدية من قلة احتراز او انحراف او عـــدم تبصـــر او رعونة او الخروج عن القواعد والقيم الاجتماعية و يؤدي تأسيس مســـؤولية المتبـــوع اوألادارة على فكرة الضمان الى تبسيط قضايا التعويض، لكون المسؤولية تتحقق عـــن كل ما يصدر عن تابعه من اخطاء تضر بالغير سواء البسيطة منها او الجسيمة،اي انـــه يضمن شوائب ومساويء التابع[٥٤٨].

---

[٥٤٦] Rene Chapus,Op.Cit P263.No.245

[٥٤٧] Boris stark Droit civil, Obligations, No.598-602.

نقلا عن د.عاطف النقيب ،النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الغير ،المصدر السابق،ص١٠٩ .

[٥٤٨] (H.L) Mazeaud et Tunc, op.cit .p.1012-1014.No93

ويميل الدكتور السنهوري الى هذه النظرية-بعد انتقاده لفكرة الخطأ المفترض التي نادى بها في بادىء الامر فهو اقام مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع على أساس نظريات الضمان والنيابةوالحلول، وانه قد فضل نظرية الضمان بأعتبارها تفسر حالة عدم امكان المتبوع التخلص من المسؤولية بأثبات بذله ما يكفي من العناية لمنع وقوع الضرر او انه كان يستحيل عليه منع ذلك[٥٤٩].

ويرى الدكتور الصدة ان المادة ١٧٤ مدني مصري تقرر حكما موضوعيا لا يكترث بالخطأ المفترض او المسؤولية المفترضة ،ويكون به المتبوع مسؤولا الى جانب التابع بحكم القانون على اعتبار ان المتبوع ضامن للتابع فيما يسببه من ضرر للغير.اذا وقع هذا الخطأ في نطاق الوظيفة[٥٥٠] .

ويؤيد الدكتور الهمشري نظرية الضمان ويعتبرها الفكرة الصائبة لتكون أساسا للمسؤولية، لان المتبوع يضمن تابعه فيما يقترف من خطأ يصيب الغير اثناء تأدية العمل اوبسببه[٥٥١] .

ويؤكد البعض الاخر[٥٥٢] ان المتبوع يعتبر كفيلا للتابع في مواجهة الغير ،وتكون الكفالة هنا تضامنية فلا يحق للمتبوع الدفع بالتجريد.

وفي الفقه العراقي فان البعض[٥٥٣] رجح نظرية الضمان ووصفها بأنها من ارجح النظريات في تبرير المسؤولية التبعية قائلا انه " في كل التشريعات المدنية يمكننا ان نقيم مسؤولية المتبوع عن عمل التابع على فكرة الضمان .وفي تشريعنا المدني نستطيع ايضا ان نؤسس مسؤولية المتبوع على فكرة الضمان،ولكن يمكن ايضا ان تفسر مسؤولية المتبوع في تشريعنا المدني على أساس نظرية الخطأ المفترض".

وكان قد ذهب البعض الاخر[٥٥٤]الى تفسير ارادة المشرع بشأن المادةالخامسة من قانون الضمانات العراقي الملغى بما يجعل من فكرة الضمان أساسا للمسؤولية التبعية حيث قال "فالمسؤولية المترتبة على الحكومة بموجب هذه المادة -م٥-شبيهة بمسؤولية الكفيل الذي يملك حق الرجوع على المدين الاصلي بما سلمه من الدين اما المسؤول بالاصل فهو الموظف او المستخدم الذي احدث الضرر حتى ان الشخص المتضرر بالخيار في المطالبة بالتعويض ان شاء طالب الحكومة وان شاء طالبهما معا،واذا طلب احدهما فلا يسقط حقه بمطالبة الاخر متى شاء فقد اوجبت المادة المذكورة مسؤولية الموظف شخصيا بضمان الحكومة و كفالتها كفالة قانونية" .

---

(٥٤٩) د.عبدالرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح...،المصدر السابق،ص١٠٤٦.

(٥٥٠) د.عبدالمنعم فرج الصدة ،المصدر السابق،ص٦٦٠.

(٥٥١) د.محمود عثمان الهمشري،المصدر السابق،ص٥٠.

(٥٥٢) في هذا المعنى انظرد.عبدالحي حجازي،المصدر السابق،ص٥٢٤-وايضا عبدالحميد الشواربي وعزالدين الديناصوري. المصدر السابق،ص٢٨٢.

(٥٥٣) د.غازي عبدالحمن ناجي،مسؤولية المتبوع...،المرجع السابق،ص٦٦٠-٦٦١.

(٥٥٤) انظر لهذا المعنى عبدالجبار تكرلي،مقالة السابق،ص٥٢٢-٥٢٣.

اما القضاء فانه لم يستبعد هذه النظرية في احكامه بشأن المسؤولية التبعية ،فقد قضت احدى المحاكم الفرنسية بأن مسؤولية المتبوع تقوم على نوع من الضمانة الخاصة[٥٥٥]. وقضت محكمة النقض المصرية بان مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعه غير المشروعة هي مسؤولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور و تقوم على فكرة الضمان القانوني فيعتبر المتبوع في حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون و ليس العقد ومن ثم اذا دفع المتبوع التعويض للمضرور كان له ان يرجع بكل مبلغ التعويض على تابعه محدث الضرر كما يرجع كفيل المتضامن على المدين الذي كفله لانه مسؤول عنه وليس مسؤولا معه[٥٥٦].وقضت محكمة التمييز في العراق بان"مسؤولية المخدوم المقررة بالمادة ٢١٩مدني تقوم الى جانب مسؤولية المستخدم بالتعويض فله ايضا ان يطالبهما معا متضامنين"[٥٥٧].

وقد انتقدت نظرية الضمان كغيرها من النظريات في بعض وجوهها منها :-

١-ان فكرة الضمان او الكفالة ترمي الى اهداف مغايرة لتلك التي ترمي اليها مسؤولية المتبوع او ألادارة، فالكفالة نظام قرر لأجل تحقيق مصلحة المدين اكثر من مصلحة الدائن،في حين تستهدف مسؤولية المتبوع حماية مصلحة المضرور او الدائن[٥٥٨].

يمكننا الرد على هذا بالقول ان الكفالة ومسؤولية المتبوع ترميان الى تحقيق نفس الاغراض وهي ضمان مصلحة الاطراف كافة و ان اختلفت فيما بينها في بعض التفاصيل،فالكفالة كما عرفها المشرع بانها(ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام)[٥٥٩] فتتحقق بوضوح مصلحة الدائن من وراءها لوجود ذمتين ماليتين للوفاء بالالتزام بدلا من ذمة مالية واحدة .وكذلك الحال بالنسبة لمسؤولية المتبوع او ألادارة فكما انها تحقق مصلحة الدائن (المضرور)بضمان حصوله على التعويض من ذمة عامرة ،تحقق في نفس الوقت مصلحة المدين (التابع)لكون المتبوع يتحمل عبء التعويض بدلا عنه ،اما مسألة الرجوع فأنها تكون نظرية في اغلبها لذا فيجب ان لايؤخذ بهذا النقد حجة على فكرة الضمان لكونه لا يستند الى أساس من الواقع .

---

(٥٥٥) حكم محكمة بواتيه في ٢٨حزيران ١٩٤٦ جازيت باليه١٩٤٦-نقلا عن د. محمد الشيخ عمر ،المصدر السابق،ص١٠٥.

(٥٥٦) نقض ٢٢/٢١٩٦٨- المجموعة ١٩ص٣٢٧-عبدالمنعم حسين،مدونة التشريع والقضاء ....المرجع السابق، ص٨(١٠/٥).

وانظر ايضا حكم محكمة النقض في ١٦كانون الاول في مجموعة احكام النقض ،ص٦٦٦.

(٥٥٧) رقم القرار ٩٣٠-مدنية ثانية -١٩٧٤-وانظر ايضا حكم محكمة التميز المرقم ٩٣٠/حقوقية/٦٣-تاريخ القرار ١٠/١٠/ ١٩٦٣- ابراهيم المشاهدي ،المرجع السابق،ص٢٥٣ .

(٥٥٨) راجع عزالدين الديناصوري ،عبدالحميد الشواربي،المصدر السابق،ص٢٨١ .

(٥٥٩) انظر المادة ١٠٠٨من القانون المدني العراقي النافذ.

٢-ان نظرية الضمان لا تلزم الضامن الا بصفة فرعية بعد الزامها المضمون ،بينما المضرور يحق له مقاضاة المتبوع او ألادارة مباشرة وبصورة منفردة، وهذا ما يجعل من الصعب تأسيس مسؤولية المتبوع على هذه الفكرة او التشبيه بينهما [٥٦٠] .

ولكن الملاحظ ان هذا الاختلاف لا يتعدى كونه اختلافا شكليا او اجرائيا لا يرقى الى حد ان يشكل فارقا جوهريا يفصل مسؤولية المتبوع عن فكرة الضمان كأساس لهذه المسؤولية.

٣- ان الضمان او الكفالة قد وردت في القانون بصورة استثنائية وبنص خاص، بينما تقرر القاعدة العامة ان المدين الاصلي هو الذي يتحمل المسؤولية ،فيستلزم ذلك عدم تطبيق هذه الفكرة الا بوجود نص قانوني صريح او بالأتفاق.لذلك لا يجوز اعتبار فكرة الضمان أساسا لمسؤولية المتبوع او ألادارة لعدم ورود نص خاص بذلك سواء في القانون المدني الفرنسي او المصري او العراقي [٥٦١].

ولكن هذا القول يجب عدم اعتماده في هذا المجال ،لأن النصوص القانونية يجب ان لا تقف في وجه التطور والتغير، بل على العكس يجب ان تساير القواعد القانونية لهذه التطورات لذا يجب عدم الربط بين الضمان كأساس للمسؤولية وبين وجوب ان ينص القانون على ذلك لان في هذا تعطيل لدور الفقه وجهوده في تطوير القواعد القانونية بما ينسجم-مع التطورات الجارية في المجتمع .

ونحن نرجح فكرة الضمان كأساس لمسؤولية ألادارة عن اخطاء موظفيها ولمسؤولية المتبوع عن اعمال التابع رغم الانتقادات الموجه اليها، اذ ان كل نظرية في القانون وحتى المستقرة منها -يمكن ان تنتقد في بعض جوانبها من قبل معارضيها.ولكن ذلك لا يعني عدم صحة تلك النظرية او عدم صلاحيتها .

فبالنسبة لفكرة الخطأ المفترض لم تعد صالحة لتتأسس عليها مسؤولية ألادارة او المتبوع كما توضح لنا في حينه .اما بالنسبة للنظريات ذات النزعة الموضوعية، فنجد ان نظرية تحمل التبعة لا تفسر ايضا مسؤولية المتبوع او ألادارة بسبب رجوع كل من ألادارة والمتبوع بعد دفعهما التعويض للمضرور على الموظف و التابع بالمبلغ المدفوع، وهذا ما يتعارض مع منطق نظرية تحمل التبعة الذي يفرض على المتبوع تحمل العبء النهائي للتعويض لأنه المستفيد من نشاط التابع .

وبالنسبة لنظريتي الحلول والنيابة ،فبالاضافة الى كل الانتقادات التي وجهت اليهما، لايعطيان الاجابة عن السبب في قيام مسؤولية ألادارة او المتبوع عن فعل الغير، اذ يحتاج كل منهما بدوره الى أساس لتبررها،وتفسر سبب حلول التابع محل المتبوع وبالتالي قيام المسؤولية عن خطا التابع ،وكذلك الحال بالنسبة لفكرة النيابة .

ولذا لايمكن لأي من هذه النظريات ان ترقى لأن تكون أساسا سليما للمسؤولية عن فعل الغير سواء في القانون العام او الخاص .

---

(٥٦٠) د. محمد الشيخ عمر ،المصدر السابق،ص١٠٦ .

(٥٦١) عادل احمد الطائي .المصدر السابق،ص١٨٤ .

اما نظرية الضمان التي نحن بصددها ،فهي تعد الأساس الارجح لهذه المسؤولية، لانها تفسر جملة من الامور منها ما تقرر من جواز رجوع المتبوع او ألادارة على مرتكب الخطأ من التابع او الموظف لأستيفاء مبلغ التعويض ،كما تفسر عدم امكانية المتبوع من دفع مسؤوليته ازاء المضرور لكونه ضامنا لنشاط تابعيه،وانها تجيب ايضا على التساءل حول عدم امكان المضرور مقاضاة ألادارة مباشرة الا عند قيام موظفيها بأعمال غير مشروعة، لان ألادارة لو كانت قائمة بالعمل بنفسها لما استطاع المضرور مطالبتها بالتعويض الا عند ثبوت ارتكابها للخطا(٥٦٢).

كما وتفسر نظرية الضمان مسؤولية المتبوع ولو كان غير مميزا في نطاق القانون الخاص، لان مصدر مسؤولية غير المميز هنا يكون القانون وليس الاتفاق حتى يشترط التمييز (٥٦٣) .

واخيرا يمكن القول بأن نظام مسؤولية ألادارة وفقا لقواعد المسؤولية المدنية (مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع)مشابه الى حد كبير مع ما اقرته قواعد المسؤولية الادارية التي ابتدعها قضاء (مجلس الدولة الفرنسي) فيما عدا المسؤولية عن الخطأ المرفقي الذي تتحمل ألادارة عبء التعويض عنه نهائيا وفيما عداها فان ألادارة يحق لها الرجوع على الموظف بما دفعته عنه للمضرور من تعويض ،وهذا ما يماثل رجوع ألادارة على الموظف وفق قواعد المسؤولية المدنية بغض النظر عن طبيعة الخطأ.ولا شك ان القواعد الادارية في هذا الخصوص تفضل على القواعد المدنية لكونها اكثر مرونة بالنسبة للموظف .

-المطلب الثالث-

موقف التشريع والقضاء العراقيين من أساس المسؤولية التبعية للادارة:-

<u>الفرع الاول</u>-أساس المسؤولية في قانون الضمانات الملغي:

جاء في المادة الخامسة من قانون الضمانات الملغي ان "كل شخص استخدم في ادارته اشخاصا للقيام بخدمة عامة او باعمال اية مهمة عمرانية او تجارية او صناعية يكون مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه المستخدمون اثناء قيامهم بخدماتهم "(٥٦٤) .

يبدو من النص المتقدم ان مشرع قانون الضمانات قد اعتمد فكرة الضرر أساسا لمسؤولية الاشخاص الذين ذكرتهم ،اي ان الضرر الذي يحدثه المستخدم للغير اثناء قيامه بالخدمات المنوطة به ،واثبات المضرور لعدم مشروعية اعمال المستخدم ،يكفي لقيام مسؤولية المتبوع سواء كان شخصا معنويا عاما او شخصا معنويا خاصا او فردا

(٥٦٢) د. غازي عبدالرحمن ناجي ،مسؤولية المتبوع ...المرجع السابق.ص٦٦٠ .

(٥٦٣) د.عبدالرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ...،المصدر السابق،ص١٠٤٥ .

(٥٦٤) قانون الضمانات رقم٥٤لسنة ١٩٤٣-قانون ذيل قانون اصول المحاكمات الحقوقية في الضمانات وكيفية الحكم بها- منشور في مجلة القضاء ،العدد الرابع،السنة الثانية ،١٩٤٣،ص٣٩٧ .

عاديا، اي بثبوت مسؤولية التابع او المستخدم ازاء المضرور تتقرر مسؤولية المتبوع في التعويض عن الضرر.

اما أساس مسؤولية المتبوع عن افعال مستخدميه وفقا لهذه المادة فتقوم على فكرة تحمل التبعة باعتباران المتبوع يغنم ويستفيد من اعمال مستخدميه فلا بد له ان يتحمل مغارم عمله ايضا بناءا على القاعدة الفقهية (الغرم بالغنم).ومما يؤكد ذلك ما جاء في الاسباب الموجبة لهذا القانون من ان "الاصل ان الانسان لا يسأل الا عن عمله هو وحده ولا يسأل عن اعمال غيره الا في حالات خاصة اذا جمعت بهم روابط قانونية غير انه لما كان اصحاب المعامل والادارات العامة يستفيدون من خدمات الاشخاص الذين يستخدمون في الأعمال القائمين هم بأداراتها ولما كانت القاعدة الحقوقية المقبولة بوجه عام تقضي بان تكون مغارم العمل على صاحبه مادامت له المغانم وحده ولما كان للتطور الاجتماعي في مناحي الحياة الأثر الظاهر في الامور القانونية والتشريعية فقد وجب الاخذ بمسؤولية رب العمل عن الاضرار الحاصلة عن عماله"(٥٦٥).وفي تقديرنا ان قانون الضمانات قد تأثر بخصوص أساس المسؤولية بالفقه الاسلامي والذي كانت المسؤولية فيه ذات طابع موضوعي ،اذ ان مجلة الاحكام العدلية المقتبسة احكامها من الفقه الحنفي،هي التي كانت تطبق في العراق قبل صدور قانون الضمانات.

الفرع الثاني-أساس المسؤولية في القانون المدني النافذ وموقف القضاء منه:

وفي هذا المجال فان المشرع العراقي قد جعل في المادة ٢١٩/مدني من نظرية الخطأ المفترض أساسا لمسؤولية الحكومة والبلديات والاشخاص الاخرى التي عددتها. محاولاً بذلك حماية المضرور ،اذ انه اوجد بجانب التابع او الموظف الذي تسبب بخطئه في وقوع الضرر ،شخصا اخر اكثر ملاءة ويسرا هو المتبوع او ألادارة واجاز للمضرور من مقاضاتها دون اثبات الخطأ في جانبها ، ولكن قرينة الخطأ هذه بجانب ألادارة والاشخاص الاخرى هي قرينة بسيطة يمكن دحضها بالدليل العكسي (٥٦٦).

وبذا وقف المشرع العراقي موقفا وسطا بسبب حمايته للمضرور،فلم يقم تلك المسؤولية على أساس من الخطأ واجب الاثبات تجاه المتبوع كالمسؤولية عن الاعمال الشخصية، ولم يصل بها الى الحد الذي بلغه القانونان الفرنسي والمصري في حمايتهما للمضرور وذلك بجعلهما قرينة الخطأ بجانب المتبوع قطعيا غير قابلة لأثبات العكس .

ونستطيع تلمس مسلك المشرع العراقي في الاخذ بنظرية الخطأ المفترض البسيط كأساس لمسؤولية ألادارة والاشخاص الاخرى من خلال ما اورده في الفقرة ثانيا من المادة ٢١٩،عندما اجاز للمخدوم بنفي خطئه المفترض بأثبات بذله ما ينبغي من العناية لمنع وقوع الضرر.

واذا كان المشرع العراقي قد جعل من الخطأ المفترض البسيط أساسا لمسؤولية ألادارة عن اخطاء موظفيها في نص المادة ٢١٩ من القانون المدني ،الا انه لم يحدد

(٥٦٥) المرجع السابق ،ص٣٩٢ص٣٩٣.

(٥٦٦) د. حسن علي الذنون، المصدر السابق،ص٢٩٣ .

نوع الخطأ، هل انه خطا في الاختيار ام انه خطأ في الرقابة والتوجيه ،ففيما يتعلق بالاول فقد تبين ان المشرع العراقي لم ياخذ به [٥٦٧].

بل اخذ بالخطأ في الرقابة والتوجيه كأساس لمسؤولية ألادارة.ومما يؤكد هذا القول ما قرره القضاء من احكام له بهذا الشأن [٥٦٨]،فقد قضت محكمة التمييز بمسؤولية مصلحة نقل الركاب عما يقع من اضرار من قبل سواق سيارات المصلحة بما لها من سلطة فعلية تخولها حق الرقابة واصدار الاوامر اليهم [٥٦٩]وقررت في.حكم اخر لها ان سائق السيارة التابع للمميز عليه السيد وزير الدفاع اضافة لوظيفته قد ادين من محكمة جنح المدائن بسبب تقصيره فانه يصبح من حق المدعي المتضرر مطالبة المدعى عليه وهو المتبوع بالمبلغ الناجم عن الضرر الذي احدثه التابع[٥٧٠].كما واكدت هذه المحكمة بأن مسؤولية البلدية التبعية تقوم على أساس الخطأ المفترض افتراضا قابلا لاثبات العكس [٥٧١].فبمنظور القضاء العراقي ان وقوع التابع في الخطأ يدل على ان المتبوع لم يمارس واجب الرقابة والتوجيه قبل تابعه فتقوم مسؤوليته ازاء المضرور بفعل افتراض الخطأ المقرر في جانبه،ما لم يثبت عكس ذلك[٥٧٢] .

والملاحظ على المشرع العراقي انه قد غير أساس مسؤولية المتبوع او ألادارة عند تشريعه للقانون المدني لسنة١٩٥١ عن الأساس الذى كانت تقوم عليه تلك المسؤولية في قانون الضمانات الذي كان سائدا في العراق قبل نفاذ القانون المدني الحالي[٥٧٣].

وعموما فأن مسلك المشرع العراقي بخصوص المادة ٢١٩ كان محلا لانتقاد جانب كبير من الفقه العراقي سواء من حيث الأساس الذي اقام عليه مسؤولية ألادارة

---

[٥٦٧] انظر ص ١٣٧من هذا الكتاب.

[٥٦٨] نقصد بالقضاء هنا جهة القضاء العادي،حيث ان المسؤولية التبعية للادارة او مسؤوليتها عن الاعمال المادية ،تخضع في العراق للقضاء العادي وظل على هذه الحالة حتى بعد انشاء القضاء الاداري فيه.اما في فرنسا ومصر فان قسم كبير من قضايا المسؤولية التبعية للادارة تخضع للقضاء العادي ،وكما سنوضح ذلك بأسهاب في الباب الثاني من هذه الرسالة .

[٥٦٩] اشير الى هذا القرار في مؤلف د. عبدالمجيد الحكيم،المصدر السابق،ص٥٨٣ .

[٥٧٠] رقم قرار ٧٧/٤٩٤٩ ادارية ١٩٨٥/٨٤–نقلا عن د. منذر الفضل،المصدر السابق،ص٤١٧.

[٥٧١] حكم محكمة لتميز في ١٩٦٨/٧/١٠–مجلة العلوم القانونية ، المجلد الاول،العدد الاول،١٩٦٩،ص١٨٣ .

[٥٧٢] د.غازي عبدالرحمن،مسؤولية المتبوع...،المصدر السابق،ص٦٥٦.

[٥٧٣] يذهب الدكتور الفياض الى ان نص المادةالخامسة من قانون الضمانات رقم ٥٤ لسنة ١٩٤٣،لايبعد كثيرا في محتواه عن نص المادة ٢١٩ من القانون المدني النافذ لسنة ١٩٥٣ في العراق،اذ هو صياغة مختلفة ولها معنى واحد.(انظر رسالته السابق ذكرها ، ص٤٧٦).
ومع تقديرنا لرأي الدكتور الفياض الا اننا لانتفق معه، فكما سبق القول ان نص المادة الخامسة من قانون الضمانات قد اقام مسؤولية ألادارة او المتبوع عن اخطاء الموظف او التابع على أساس فكرة تحمل التبعة وما ترتب عنها عدم امكان ألادارة الرجوع على الموظف المخطيء بما دفعته من تعويض للمضرور،في حين تقوم مسؤولية الحكومة والبلديات والاشخاص الاخرى في المادة ٢١٩ من قانون المدني النافذ على أساس الخطأ المفترض فرضا بسيطا قابلا لاثبات العكس– –وما يعنيه ذلك من حق ألادارة في الرجوع على الموظف بمبلغ التعويض.وبعد هذا كيف ان نص المادة الخامسة من قانون الضمانات لا يبعد كثيرا عن نص المادة ٢١٩ من قانون المدني النافذ،او ان يكون لهما معنى واحد؟.

والاشخاص الاخرى و المتمثل بالخطأ المفترض،او من حيث استخدامه الفاظا غامضة وغير مستقرة مما ثار خلاف بشان تفسيره على صعيدي الفقه والقضاء[٥٧٤] .

الفرع الثالث-أساس مسؤولية ألادارة في قانون اصلاح النظام القانوني وفي مشروع القانون المدني العراقي الجديد:

ان مشرع قانون اصلاح النظام القانوني قد اورد بسبب الانتقادات التي وجهت الىالمادة ٢١٩ مدني وقصورها في معالجة المشاكل الناتجة عن التطورات الحاصلة في المجالات كافة، مبادىء جديدة في المسؤولية عموما والمسؤولية عن فعل الغير بصورة خاصة، ومن بين ما اشتملت عليه هذه المبادىء الجديدة أساس المسؤولية التبعية، فنص في الفقرة الخاصة بمسؤولية المتبوع على ضرورة "اقامة المسؤولية عن عمل الغير على عنصر الضرر تأسيسا على فكرة الضمان، بحيث يكون المتبوع مسؤولا عن الاضرار التي يحدثها تابعه،وله الرجوع على التابع اذا نشأ الضرر عن تعمده او خطئه الجسيم...."[٥٧٥] ولما كانت القوانين انعكاسا للافكا ر والمصالح الاقتصادية السائدة في المجتمع[٥٧٦]،فكان لابد للقانون المذكور ان يعتمد أساسا جديدا للمسؤولية عن فعل الغير يتناسب مع المستجدات التي تطرا على المجتمع بفعل التطور.

وكما هو معلوم ان مشروع القانون المدني الجديد لسنة ١٩٨٤ قد اعتمد في احكامه بشأن المسؤولية عن فعل الغير على ما اورده قانون اصلاح النظام القانوني بهذا الشأن، فنص في المادة ٤١٨ على انه "يضمن المتبوع الاضرار التي يحدثها تابعه متى كانت له سلطة فعلية في رقابة التابع وتوجيهه وليس للمتبوع الرجوع على التابع بما دفعه من تعويض مادام الضرر قد وقع بسبب تأدية العمل او الوظيفة اواثنائها ،مالم يكن الضرر قد نشأ عن تعمد التابع او خطئه الجسيم".

والملاحظ ان محتوى هذا النص لايختلف مع ما تضمنه النص الوارد في قانون اصلاح النظام القانوني اذ ان لهما نفس المعنى رغم الاختلاف البسيط في الصياغة، وبالتالي فأن ماقيل بصدد أساس مسؤولية المتبوع او ألادارة احدهما يصدق على الاخر.

وقد تعددت الاراء بهذا الصدد حول أساس المسؤولية بحسب ما نصت عليه المادة٤١٨ من المشروع الجديد .فذهب راي[٥٧٧]الىاعتبار فكرة الضمان أساسا للمسؤولية عن فعل الغير في حالتي تعمد التابع وخطئه الجسيم وكما حددها واضعوا المشروع في هذه المادة.اما في غير هاتين الحالتين،كعدم صدور خطا عن التابع او صدور خطا غير جسيم عنه او حالة القوة القاهرة او خطا الغير فان أساس مسؤولية المتبوع او ألادارة يكون قائما على مبدا تحمل التبعة فيكون المتبوع ملزما بتحمل عبء

---

[٥٧٤] ومثال ذلك لفظ(التعدي)ولفظ(المؤسسة)-انظر بهذا الشان د.عبدالمجيد الحكيم،المصدر السابق،ص٥٨٤-وايضا جبار صابر طه، المصدر السابق،ص٣٦٥.

[٥٧٥] قانون اصلاح نظام القانوني،المصدر السابق،ص٣٥.

[٥٧٦] التقرير السياسي الصادر عن المؤتمرالقطري الثامن لحزب البعث الاشتراكي في كانون الثاني،١٩٧٤،الطبعة الرابعة،دار الحرية للطباعة،بغداد،١٩٧٧،ص١٤٤.

[٥٧٧] في هذا المعنى انظر ،جبار صابر طه، المصدر السابق،ص٣٦٧.

الضرر بصورة نهائية-دون ان يكون له حق الرجوع على التابع كما في حالة الضمان -وهذا ما يجعل مسؤوليته ذاتية وليست عن عمل الغير.

ومن جانب اخر ينتقد اصحاب هذا الراي نص المادة ٤١٨ من المشروع لأنه لم يتخلص من فكرة الخطأ بصورة نهائية [٥٧٨]،حيث اجاز للمتبوع الرجوع على التابع عند ارتكابه لخطأ جسيم او خطأ عمدي لان ذلك لا يستقيم مع مبدأ تحمل التبعة ولا مع ما اورده المشروع نفسه عندما قرر اقامة المسؤولية هذه على عنصر الضرر واستبعاد عنصر الخطأ من أساس المسؤولية وينتقدون فكرة الضمان كأساس لهذه المسؤولية لأنها في نظرهم اصبحت فكرة مهجورة سواء على صعيد الفقه او القضاء ولانها لا تحقق الأهداف المتوخاة من مسؤولية المتبوع[٥٧٩].

ويذهب راي ثان [٥٨٠] الى ان أساس مسؤولية المتبوع او ألادارة تقوم وفقا للمادة ٤١٨ من المشروع على فكرة الضمان لا غير ،بأعتبار انها الفكرة الراجحة في الوقت الحاضر للمزايا التي تحققها، اذ لا يستطيع المتبوع حسب هذه الفكرة التخلص من المسؤولية ولو اثبت انه كان يستحيل عليه منع العمل غير المشروع الذي سبب الضرر،كما وانها تبرر مسؤولية المتبوع عندما يكون غير مميز ،ويرى ايضا ان هذه المادة ذهبت الى ابعد من ذلك بتحديدها حالات الرجوع على التابع بحالة تعمده او خطئه الجسيم وفي غيرها يتحمل المتبوع عبء الضرر بمفرده.

وفي اعتقادنا ان ما جاء في الراي الاول هو الارجح والاقرب الى الصواب ،لأنه ينسجم مع مفهوم المادة ٤١٨ من المشروع اكثر مما ذهب اليه الراي الثاني،اذ انه يقيم المسؤولية في هذه المادة على أساسين ،الأساس الاول هو فكرة تحمل التبعة وتشمل معظم حالات هذه المسؤولية التي لا تتضمن حالة الرجوع على التابع ،اما الأساس الثاني فهو فكرة الضمان وتتحقق في حالتي الخطأ العمد والخطأ الجسيم للتابع ،حيث اجاز واضعو المشروع في هاتين الحالتين للمتبوع الرجوع على التابع لاستيفاء مبلغ التعويض منه.هذا بالنسبة لعلاقة المتبوع (ألادارة) بالتابع. اما بالنسبة لعلاقة المتضرر بالمتبوع فتكون خاضعة في كل الاحوال لفكرة تحمل التبعة بأعتبار ان المسؤولية في المادة ٤١٨ من المشروع قائمة على عنصر الضرر فقط،فبمجرد وقوعه يصبح للمضرور حق مقاضاة المتبوع او ألادارة مباشرة،اما القول بأن أساس هذه المسؤولية هو الضمان فلا يتاثر به موقف المضرور طالما كان ينال التعويض عن الضرر الذي يصيبه بسبب اعمال التابع او الموظف[٥٨١]. وبذلك نفضل مسلك واضعي المشروع على مسلك مشرعي قانون الضمانات الملغى و القانون المدني النافذ.

---

[٥٧٨] ويؤيد هذا القول ايضا -علي عبيد عودة،العلاقة السببية بين الخطأ والضرر وتطبيقاتها القضائية،رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون والسياسة بجامعة بغداد ،مطبوعة بالرونيو ،١٩٧٧،ص١٠٤

[٥٧٩] جبار صابر،المصدر السابق،ص٣٦٨ .

[٥٨٠] في هذا المعنى انظر حسن عزيز عبدالرحمن ،المرجع السابق،ص٨٥٤.

[٥٨١] جبار صابر،ص٣٦٨.

-الفصل الثالث -

مسؤولية ألادارة على أساس الضرر

تمهيد وتقسيم :

بقيت النظرية التقليدية في أساس مسؤولية الادارة لوقت طويل غير متنازع عليها،الا انه مع نهاية القرن التاسع عشر تولدت حركة فقهية هائلة هاجمت بعنف النظرية التقليدية (نظرية الخطأ)ودعت الى نبذها [٥٨٢].

والاصل في المسؤولية الادارية -كما مر بنا من قبل -هو وقوع خطأ من جانب الادارة او افتراض ذلك الخطأ بجانبها بصورة قاطعة لا تقبل اثبات العكس او بسيطة تقبل الدليل العكسي،ولكن قد لا يكون هناك خطأ من جانب ألادارة كما لا يمكن افتراضه ومع ذلك يحكم القضاء بمسؤولية ألادارة على أساس وقوع الضرر ،وهذه تسمى بالمسؤولية الموضوعية او المسؤولية بدون خطا ،فالمسؤولية هنا ترتكز على ركنين فقط، الضرر والعلاقة السببية بينه وبين التصرف الضار للادارة [٥٨٣].

ولكن هذه المسؤولية تكون لها صفة استثنائية وتكميلية، بمعنى ان المسؤولية على أساس الضرر هي في حقيقة الأمر مكملة للنظرية الأساسية للمسؤولية وهي نظرية الخطأ[٥٨٤].

والنظرية الموضوعية تقررت في الاصل لتحقيق مصلحة المضرور وضمان حقوقه بالعمل على حصوله على التعويض بايسر الطرق ،ولا يمكن ان يتحقق ذلك بالاستناد الى النظرية التقليدية لتناقضها مع مصلحة المتضرر لانها تلزمه اثبات وجود الخطأ .

وقد برز هذا الأساس الجديد للمسؤولية في بادئ الامر في قوانين الدول التي بلغت فيها الصناعة والنشاط الحكومي حدا كبيرا من التطور ثم نقلت عنها دول اخرى اقل شأنا في التطور هذه النظرية وادخلتها في تشريعاتها .

ونظرا لأهمية هذا الأساس ولكونه يأتي بعد الأساس الاول لمسؤولية ألادارة، فلا بد ان نتكلم عنه في مبحثين ،نتطرق في المبحث الاول الى نظرية المخاطر أساسا لمسؤولية ألادارة، اما في المبحث الثاني فنتناول تطبيقات نظرية المخاطر في القانون المقارن .

---

(٥٨٢) د. طلال عامر المهتار،المصدر السابق،ص٢٦٠ .

(٥٨٣) انظر د.محسن خليل،القضاء الاداري اللبناني ،المصدر السابق،ص٢١٠-ايضا د.حسن عامر وعبدالرحيم عامر،المصدر السابق، ص١٢٣.

(٥٨٤) جبار صابر طه،المصدر السابق،ص١٠٣ .

-المبحث الاول-

نظرية المخاطر كأساس لمسؤولية الادارة

سيجري الكلام في هذا الموضوع في مطالب اربعة ،نتناول في المطلب الاول المسؤولية الموضوعية في القانون بصورة عامة ثم نعقب ذلك بالكلام عنها في نطاق القانون الاداري أي في اطار مسؤولية المخاطر الادارية وذلك في المطلب الثاني .ثم نأتي الى استعراض شروط مسؤولية المخاطر الادارية في المطلب الثالث.اما في المطلب الرابع والاخير من هذا المبحث فسنبين موقف الفقه من فكرة المخاطر باعتبارها أساسا لمسؤولية ألادارة .

-المطلب الاول-

المسؤولية الموضوعية في القانون (عوامل ظهورها):-

ظهر هذا النوع من المسؤولية في عالم القانون بتطور مزدوج، التقنية الصناعية من جهة، والافكار الاجتماعية من جهة اخرى .اذ ان التحول الذي شهدته الشعوب في حياتها ووسائل معيشتها بفضل الثورة الصناعية وانتشار الالات الميكانيكية و التقدم التكنولوجي حملت في طياتها تهديدا متزايدا لحياة طبقة واسعة من طبقات المجتمع وهم العمال والموظفون[٥٨٥]،بينما ازدادت ارباح وفوائد اصحاب المصانع وارباب العمل نتيجة الجمع بين الالة والعامل ،والتي اصبح من جرائها العامل معرضا للخطر لان القوة الكامنة في الالة هي قوة عمياء لا يحدها رادع، فنتج عن هذا الوضع ازدياد اصابات العمل والاضرار بسبب استعمال تلك الالات وما صاحب ذلك صعوبة اثبات خطأ مستغلها او مالكها، فادى ذلك الى ان يتحمل العمال المصابون او الافراد المتضررون اعباء تلك الحوادث او النشاطات الضارة وكأنها وقعت بهم قضاء وقدرا دون ان تمكنهم قواعد المسؤولية على أساس الخطأ من استحصال حكم قضائي للتعويض عن تلك الخسائر.[٥٨٦] فصار عدد كبير من العمال ضحية للقواعد التقليدية في المسؤولية .فبدأ الشعور بالفرق الشاسع بين قواعد المسؤولية التقليدية التي تلزم المضرور بأثبات خطأ فاعل الضرر او مسببه وبين مبادئ وقواعد العدالة التي تقضي بعدم ترك العامل او الفرد المتضرر من دون ان يدفع له تعويض عادل لجبر الضرر الواقع به،فحاول الفقهاء ايجاد مخرج يضمن حقوق ومصالح كل من العمال والافراد وذلك بأعادة النظر في

---

[٥٨٥] Andre de laubader, op.cit. p.713 .No. 1242 .

[٥٨٦] د. طلال عامر المهتار،المصدر السابق،ص٢٦٢.

الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية. وقد بادر مجلس الدولة الفرنسي الى تقرير هذا الأساس الجديد للمسؤولية بصدور حكمه في قضية Cames سنة ١٨٩٥[٥٨٧].

وان هذا التوجه الجديد للمجلس بصدد أساس المسؤولية قد سانده ظهور افكار وتيارات قانونية منها تيار المذهب المادي في القانون le materialisme والذي يعطي الاولوية للمظهر الخارجي للأرادة ولا يعتد بالأرادة الباطنة في ذاتها التي لا تقوم الا في ضمير الفاعل ولا تقوم بين ذمة مالية واخرى، فهذا المذهب لا يجد في الالتزام رابطة شخصية كما كان معروفا في القانون الروماني، وانما يرجع محل الالتزام على اشخاصه، فيصبح الالتزام بذلك عنصرا ماليا اكثر من كونه علاقة شخصية، الامر الذي يجعل لمحل الالتزام قيمة مالية مستقلة عن شخص الدائن والمدين ويمكن ان ترد عليه كافة التصرفات القانونية التي ترد على الحق العيني.وقد نشأ هذا المذهب في المانيا. ولاينكر دور كل من الفقيهين جيركة Gierke وكوهلر Kohler في تأسيسه، ولم يقتصر هذا المذهب على المانيا وحدها بل حاول الفقية الفرنسي(سالي) ترويجه في فرنسا ولكنه لم ينجح بسبب تاثر القانون الفرنسي بالقانون الروماني القديم تأثرا كبيرا[٥٨٨]،وقد ساهم المذهب المادي في تعزيزالنظرية الموضوعية عندما اوجب هجر فكرة الخطأ في المسؤولية وتعويض المصاب بمجرد وقوع الضرر لان المسؤولية القانونية وفقا لهذا المذهب تهدف الى اعادة التوازن بين ذمتين افتقرت احداها بسبب اثراء الاخرى دون الأخذ بنظر الاعتبار سلوك المتسبب في الضرر[٥٨٩] .

وما ذهب اليه من جهة اخرى تيار الوضعية le Positivisme بزعامة المدرسة الايطالية، فأنصار هذا المذهب يؤكدون وجوب فرض العقاب على الجاني بالقياس الى مالهذا الجرم من خطر على المجتمع دون النظر الى شخص الجاني او ظروفه، اي انهم ينظرون في مجال المسؤولية الجنائية الى الجرم في ذاته دون شخص المجرم، وان المنطق يقتضي في مجال المسؤولية المدنية قيامها على أساس الضرر دون الاعتداد بعنصر الخطأ[٥٩٠] .

وكذلك اراء المدرسة التاريخية في القانون Le cole historiqu ،التي ترى ان القانون يتطور مع ظروف وافكار العصر مسايرا لمقتضياته محققا لمصالحه المتغيرة. ووفقا لهذا فان تاسيس المسؤولية المدنية على الخطأ يعني الرجوع الى الفترة التي كانت تختلط فيها المسؤولية المدنية بالمسؤولية الجنائية، اما وبعد ان استقلت المسؤوليتان فلم يبق محل للتمسك بالخطأ كأساس للمسؤولية في الوقت الذي تتقدم فيه

---

[٥٨٧] د. عبدالمجيد الحكيم،المصدر السابق،ص٦٠٢ص٦٠٣ .

[٥٨٨] انظر بهذا الشان د.عبدالمجيد الحكيم،المصدر السابق،ص١٤-١٥-و د.عبدالرزاق السنهوري، الوسيط...،المصدر السابق، ص١٠٨.

[٥٨٩] راجع د. عبدالمنعم فرج الصدة ،المصدر السابق، ص١٨-وايضا حمزة خسرو عثمان،المصدر السابق،ص٤٠.

[٥٩٠] د. حسين عامر و عبدالرحيم عامر ،المصدر السابق، ص١٣١ .

الصناعات وتنتشر فيه الالات الميكانيكية الخطرة، اذ ان القانون تخلقه البيئة الاجتماعية وفق مقتضياتها [٥٩١].

كما وان النـزعة الاشتراكية في القانونle socialisme Juridique صارت تقيم المسؤولية في الكثير من الاحوال على أساس الضرر دون النظر الى وجود الخطأ او عدمه، لان التعويض عن الاضرار وفقا لهذه النزعة تعود الى كونها تعتبر حقوق الافراد وظائف تؤدى لمصلحة المجموع فيكون من الواجب ان يلقى على عاتق المجموع عبء تعويض الافراد طالما كانت الغاية من منح الحقوق للافراد تحقيق الخير والرفاهية لمصلحة الجماعة[٥٩٢] .

واخيرا تستند النظرية الموضوعية في المسؤولية الى مبادىء الاخلاق والعدالةMorale et equite التي توجب على فاعل الضرر تعويض المضرور نتيجة فعله غير المشروع، وان لم يكن هناك خطأ في جانب المسؤول، فليس من العدل في شيء ان يتحمل المضرور عبء الضرر،وانما توجب العدالة هنا ان يتحمل المتسبب في حدوث الضرر عبء التعويض عنه.وان لايترك للحظ فرصة التحكم في الموقف[٥٩٣].

هذا وقد شاعت تسمية المسؤولية الموضوعية بالمسؤولية القائمة على أساس تحمل التبعة بصورتيها المطلقة والمقيدة،[٥٩٤] في مجال الفقه المدني في حين سميت بالمسؤولية القائمة على أساس المخاطر او مسؤولية المخاطر في فقه القانون الاداري .

---

(٥٩١) وتعد المدرسة التاريخية في القانون من اهم مدارس تفسير القانون .اذ تعتمد في تفسيرها للنصوص القانونية البحث عن الارادة المحتملة للمشرع وقت وضعه للنص القانوني لو انه واجه تنظيم ما استحدث من معاملات وعوامل واقعية ظهرت عند التفسير.اي ان النص القانوني لدى هذه المدرسة يتمتع بحياة خاصة مستقلة عن ارادة واضعيه بمجرد صدوره، ويخضع في تفسيره لكل التطورات التي تحدث داخل الجماعة ،وهذا بلا شك يتعارض مع ما ذهبت اليه مدرسة الشرح على المتون التي تعتمد في تفسير النص القانوني على ما اراده المشرع وقت وضعه للنص وليس وقت تفسيره و ما ترتب على ذلك من جمودها وعدم مطابقة حلولها مع الواقع .

انظر بهذا الصدد -د.ابراهيم ابو ليل و د. محمد الالفي،المصدر السابق،ص١٥٢- و د. منذر الشاوي ،مذاهب القانون،المكتبة القانونية، دار الحكمة ،الطبعة الثالثة بغداد ،١٩٩١،ص٧٩ص٨٠-وايضا استاذنا د.محمد شريف احمد، نظرية تفسير النصوص المدنية ،مطبعة وزارة الاوقاف والشؤون الدينية ،بغداد،١٩٨٢،ص١٧٥-١٨٨.

(٥٩٢) د.حسن علي الذنون،بحثه الموسوم المسؤولية المادية(نظرية تحمل التبعة)،منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية،عدد خاص،١٩٨٤،ص٢١ص٥٦بالاشارة الى ص٢٧

(٥٩٣) د.حسن عامر وعبدالرحيم عامر،المصدر السابق،ص١٣٢-وللمزيد من التفصيل في هذا الموضوع أنظر عبدالحميد الشواربي و عزالدين الديناصوري، المصدر السابق ص ٢٨٢.

(٥٩٤) ان الصورة المطلقة لمبدأتحمل التبعة تعني مساءلة الشخص عن النتائج الضارة لاي نشاط يقوم به دون حصر .اي انه يهدر ركن الخطأ نهائيا.بينما تعني الصورة المقيدة لهذا المبدا بان الشخص يكون غير مسؤول عن النتائج الضارة لنشاطه الا في الحالات التي يربح منها أي الغرم بالغنم،اما في غيرها فانه يشترط ثبوت ارتكاب الشخص للخطا .انظر زهدي يكن، المصدر السابق،ص٢٥١ص٢٥٢-و د.غازي عبد الرحمن ناجي،مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع،المرجع السابق، ص٨٣.

والملاحظ ان هذا الاختلاف اللفضي في التعبير عن هذه المسؤولية لامبررله طالما كانت بجميعها تعطي نفس المعنى وهو المسؤولية غير القائمة على فكرة الخطأ، ونعتقد ان هذا الاختلاف راجع الى ميل الفقهاء ورغبتهم في تمييزنظريات القانون الاداري عن نظائرها في القانون المدني.

-المطلب الثاني-

مسؤولية المخاطر الادارية:-

ظهرت فكرة المخاطر الادارية منذ عام١٨٩٥ لتعتبر الشخص مسؤولا عن كل نشاطاته واعماله اذا ماتنتج عنها ضرر بمعزل عن وجود الخطأ او عدمه،والسبب الذي ادى الى الاخذ بهذه النظرية الجديدة كان مسألة حوادث العمل والمسؤولية الناشئة عن الاشياء[٥٩٥]، فالعامل الحارس للشيء او الفرد المتضرر كان معرضا، لعدم قدرته على اثبات خطأ رب العمل او ألادارة، لأن يبقى بدون تعويض، فأراد اصحاب هذه النظرية جعلها تعم كل اسباب الضرر الذي يقع للاشخاص والاموال، وان تاخذ دور القاعدة التي وضعتها المادة ١٣٨٢ من القانون المدني الفرنسي ولكنها لم تلق الترحيب الذي كان يتوقع لها[٥٩٦].

فاذا كان لنظرية الخطأ انصارها الذين تبنوها ودافعوا عنها، وغيروا من وسائل دفاعهم عنها كلما جاء الاجتهاد بوجهات تكشف عن ثغرات فيها، فان نظرية المخاطر بدورها قد ألتف حولها فقهاء لهم في علم القانون بصماتهم ، امثال لابي وسالي وجوسران وسافاتيه وديموج[٥٩٧].

فالعلامة لابي نادى بنظرية المخاطر منذ ان وجدت واراد لها ان تحل محل فكرة الخطأ التي ثبت عدم كفايتها فقرر لنظرية المخاطر او تحمل التبعة ان تكون الأساس الذي يجب ان تقوم عليه المسؤولية في العصر الحديث،وكان اول من اتجه نظره الى المادة ١٣٨٤ فقرة اولى من القانون المدني الفرنسي[٥٩٨]، ورأى فيها تقريرا للفكرة التي نادى بها، وقد استدل على ذلك بالفقرة الاخيرة من المادة نفسها التي تجيز للوالدين والمربين ومعلمي الحرف دفع مسؤوليتهم باقامة الدليل على انتفاء الخطأ من جانبهم ، قائلا بان الفقرة الاخيرة من المادة السابقة لاتشمل حراس الاشياء المنصوص على

---

(٥٩٥) لابد من الاشارة الى انه في مجال المسؤولية عن الاشياء تسري على ألادارة ما تسري على الافراد من قواعد اى ان احكام هذه المسؤولية لا تختلف عموما في القانون الاداري عنها في القانون المدني وللاستزادة في هذا الموضوع نحيل القارئ الى المراجع المدنية في هذا الصدد.

(٥٩٦) د.طلال عامر المهتار،المصدر السابق،ص٢٦٢.

(٥٩٧) انظر د.محسن خليل ود.سعد العصفور،القضاء الاداري ،المصدر السابق،ص٥٦٤

(٥٩٨) تنص م١/١٣٨٤على انه"لا يلزم الانسان بتعويض الضرر الناشيء عن فعله فقط بل الناشئ ايضا عن اهماله وعدم تبصره".

مسؤوليتهم في الفقرة الاولى منها، وهذا يدل على ان مسؤولية هؤلاء ليست قائمة على أساس الخطأ خلافا لمسؤولية اولئك الذين يمكن لهم دفع مسؤوليتهم بنفي الخطأ عن انفسهم(٥٩٩).

ثم جاء من بعده الفقيه سالي سنة ١٨٩٧ واطلق نظرية المخاطر كأساس للمسؤولية وعممها في مجال الحوادث الناشئة عن الالات الميكانيكية الخطرة لصعوبة اثبات الخطأ في اغلب هذه الحالات فأتجه بدوره ايضا صوب المادة ١٣٨٤/فقرة اولى-ليحللها ويستخلص منها المبدأ القائل بأن كل من سبب ضررا للغير وجب عليه اصلاح الضرر فيما لو قامت بين هذا الضرر وبين الفاعل رابطة سببية وذلك لمقتضيات العدالة والمبادئ التي تحكمها(٦٠٠).

يظهر ان هذا الفقيه قد وسع من نطاق فكرة المخاطر الى حد اعتبرها مبدأ عاما في مجال المسؤولية بحيث يمكن لها ان تزيح نظرية الخطأ لتحل محلها كأساس للمسؤولية ثم جاء الفقيه جوسران في العام نفسه مناديا بوجوب تحديد هذا المبدا وقصره على الحالات التي يكون فيها المتسبب في الضرر قد بالغ في المخاطر العادية الملازمة للحياة في المجتمع، حيث ظل متمسكا بهذه النظرية شارحا لها ومستعرضا في شرحه فكرة الخطر المستحدث وفكرة المنفعة والجمع بينهما مؤكدا على الصفة الموضوعية لهذه المسؤولية التي تجعل مخاطر الملك او المصنع على عاتق من يعود عليه ربحه(٦٠١).

ومهما يكن من امر فأن القضاء الفرنسي قد خرج عن صمته ازاء هذه النظرية باعتبارها أساسا للمسؤولية وذلك بحكم مجلس الدولة الفرنسي عام ١٨٩٥ في قضية Came الذي قضى فيه بالتعويض على أساس مخاطر المهنة(٦٠٢).

ولما كانت مسؤولية المخاطر قائمة على ركنين فقط هما الضرر والعلاقة السببية بينه وبين نشاط ألادارة ،لذا فان هذه المسؤولية تتميز عن المسؤولية الناجمة عن سوء تنظيم المرفق في مجموعه ولو لم يكن أسناد خطأ معين الى موظف بعينه والذي يطلق

---

(٥٩٩) زهدي يكن ،المصدر السابق،ص٢٥١ص٢٥٢.

(٦٠٠) د.حسن علي الذنون ،المسؤولية المادية –نظرية تحمل التبعة ،بحثه السابق ،ص٢٤.

(٦٠١) د.عاطف النقيب ،النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الغير ،المصدر السابق،ص٣٨٧.

(٦٠٢) ومما يجدر ذكره ان نظرية المخاطر في مجال المسؤولية وان كانت تدين لقضاء مجلس الدولة الفرنسي من ناحية تطويرها وترسيخ اسسها، الا ان اول ظهورها لايرجع الى هذا القضاء ، اذ وجدت تطبيقات هذه النظرية في الدول ذات النظام القضائي الموحد قبل ان يعتنقها قضاء مجلس الدولة الفرنسي.

فقانون المسؤولية لسنة١٨٧١ في المانيا قد قرر المسؤولية عن الحوادث والاخطار الناجمة عن نشاط السكك الحديدية والمحاجر والمصانع والمقالع .واعتبر هذه المسؤولية من النظام العام ، كما وان القضاء الانكليزي بدا بالتخلي عن فكرة المسؤولية على أساس الخطأ في بعض الحالات وتبني فكرة التعويض عن الضرر الناشئ عن الخطر لا الخطأ ،ثم توالت التشريعات المدنية في تنظيم هذا النوع من المسؤولية.

(انظر في تاكيد هذا القول د.رياض عيسى ،مقدمة في القانون الاداري الجزائري، الطبعة الاولى،معهد الحقوق والعلوم الادارية ، تيزي اوزو –جزائر،بدون سنة طبع،ص١٥٨).

عليه مجلس الدولة الفرنسي تسمية (خطأ المرفق العام)في ان المسؤولية في الحالة الاولى منبت الصلة بالخطأ،اما في الحالة الثانية فثمة خطأ مجهل (Anonyme)يلاحظه المجلس في سوء تنظيم المرفق او من مجانبته للقواعد الضابطة لسيره[٦٠٣].

ونظرية المخاطر لم تبتنى على فكرة واحدة، اذ تقاسمتها وجهتان في التفكير تختلطان احيانا. فالاولى منهما تربط بين الضرر وبين النشاط الذي يمارسه الشخص،فيكون اصلاح ذلك الضرر في مقابل هذا النشاط ومخاطره من دون ضرورة لاثبات الخطأ فيه،فتنطبع هذه الوجهة بالطابع الاجتماعي.اما الوجهة الثانية التى تجعل من فكرة المنفعة سببا لمسؤولية المخاطر فهي ان الذي يمارس نشاطه مستعملا الشئ ومنتفعا منه يلزم ان يتحمل عبء الضرر الواقع للغير نتيجة لهذه الممارسة ،اذ ان الانتفاع بالشئ يقابله الالتزام بمخاطره،اي ان الذي يجني الكسب المادي من عمله يكون قد ارتضى ضرورة، مقابل كسبه مخاطر الاضرار الناتجة عن العمل، فيغلب على هذه الوجهة الطابع الاقتصادي[٦٠٤].

وعلى هذا فان فكرة المخاطر تقوم على مبدأين أساسيين،الاول هو ان الخطأ ليس بشرط لازم لتحقق المسؤولية ،فالخطأ وفق هذه النظرية لايدخل تحت اركان المسؤولية فلا يكلف المضرور باثباته.

وهذا يعني ان انتفاء الخطأ لا اثر له على هذه المسؤولية ،فلا يستطيع فاعل الضرر(حارس الشئ)نفي مسؤوليتة باثبات انه لم يرتكب أي خطأ،اذ ان هذه المسؤولية تتحقق سواء وقع هذاالخطأ او لم يقع ،فانتفاء الخطأ في جانبه لا يؤثر في الاركان الاخرى للمسؤولية.فحتى يتخلص المسؤول وفقا لهذه النظرية من التزامه بتعويض،الضرر يجب عليه ان يهدم ركنا اخر من اركان هذه المسؤولية، كأن يثبت ان الضرر لا يمت الى نشاطه بصلة،اوانه لم يكن حارسا للشئ(حالة المسؤولية عن الاشياء) عند وقوع الضرر، او بنفي العلاقة السببية بين الضرر ونشاط ألادارة ويحصل ذلك بطرق عدة ،منها نفي كون النشاط الاداري او الشئ المملوك للادارة هو السبب المنتج (الكافي)في وقوع الضرر، او ان الضرر راجع الى سبب اجنبي عنه كالقوة القاهرة او خطأ لمضرور او خطأ الغير.كما يشترط في السبب الاجنبي ان يكون اجنبيا عن الشئ نفسه وعن حارسه فلا تعفى ألادارة(الحارسة للشئ)اذا كان الضرر راجعا الى عيب او خلل في الشئ ،اذ ان الاضرار التي ترجع الى الشئ ذاته هي اوضح صورة للمخاطر التي تسأل عنها ألادارة، اما المبدأ الثاني فهو ان الشخص المسؤول عندما اوجد النشاط الخطرهيأ بذلك فرصا واحتمالات للاضرار بالغير،وهذه هي المخاطر المستحدثةRisque-Cree ،او ان المستفيد من النشاط او من استعمال الشئ الخطر عليه تحمل ما ينتج عنه من تبعات وهذه هي مخاطر الانتفاعRisque-Profit والتي

---

[٦٠٣] Rene Chapus , op.cit.P.264 No.246

[٦٠٤] انظر د .عاطف النقيب ،ص٣٨٦ص٣٨٧-زهدي يكن،المصدر السابق،ص٢٥٢.

قررتها المحاكم الادارية[٦٠٥].غير ان مجلس الدولة الفرنسي لم يعتبر ولا يزال هذه النظرية أساسا عاما للمسؤولية الادارية، بل عدها أساسا تكميليا واستثنائيا لمسؤولية ألادارة يلجا اليها في حالات خاصة[٦٠٦]، محاولا قدر الامكان التوفيق بين الافكار الفردية الهادفة الى حماية الافراد ضد المخاطر المتولدة عن نشاط ألادارة وبين مستلزمات الاعمال الادارية التي تأبى ان يكون سيف المسؤولية مسلطا باستمرار على رقاب موظفي ألادارة ليحد من نشاطهم و يثبط من هممهم و يؤثر بدوره في سير الاعمال لدى ألادارة سيرا عاديا، وهو ما حدا بالمجلس لمحاولة ضمان سلطة تقديرية واسعة للادارة فيما يتعلق بقضاء الالغاء، اذ تكون ألادارة فيه بمنجاة من رقابة القضاء [٦٠٧].

-المطلب الثالث-

شروط مسؤولية ألادارة على أساس المخاطر:-

يتعين للحكم بالتعويض على أساس المخاطر في قضاء مجلس الدولة الفرنسي توفر شروط معينة يرجع بعضها الى طبيعة الضرر، وبعضها الاخر يمس العلاقة السببية .لذا فاننا سنقسم هذا المطلب الى فرعين مستقلين ،نتناول في الفرع الاول ركن الضرر في مسؤولية المخاطر ، ونخصص الفرع الثاني لركن السببية في هذه المسؤولية .

<u>الفرع الاول</u> -الضرر ومفهومه في القانونين المدني والاداري:-

الضرر لغة هو الاسم للفعل تضرر وجمعه اضرار-الضرر وبابه رد،وهو ضد النفع[٦٠٨]. والضرر قانونا هو الاذى الذي يصيب الشخص مما يتوجب تعويضه لانه يمس حقا من الحقوق او مصلحة مالية مشروعة ،سواء كان هذا الحق او تلك المصلحة متعلقا بشخص المضرور،كالحق في الحياة او الحق في السلامة البدنية وغيرها من الحقوق اللصيقة بالانسان، او متعلقا بالجانب المالي كحق الملكية وحق الانتفاع،او ان

---

[٦٠٥] انظر بهذا الصدد-د.محمد لبيب شنب،المسؤولية عن الاشياء،٢٨٣-ايضا د.سليمان الطماوي،القضاء الاداري-قضاء التعويض..،المصدر السابق،ص٣٣٥ص٣٣٦-ود.اياد عبدالجبار الملوكي،المسؤولية عن الاشياء،الطبعة الاولى، بغداد، ١٩٨٠، ص٢٢.

[٦٠٦] John.G.Fleming,The Law Of Torts,fifth edition, the law book company Limited, Sydney Melbourne Brisbane- Perth,1977,P.486.

[٦٠٧] د. سليمان الطماوي ،دروس في القضاء الاداري ،المصدر السابق،ص٩٢ .

[٦٠٨] المنجد في اللغة والاعلام،دار المشرق،ط٢٨،بيروت،١٩٨٦،ص٤٤٧.

يقع على مصلحة للشخص ولو لم يكفلها القانون بدعوى خاصة [٦٠٩]،ما دام انها مشروعة كمصلحة الشخص المعال دون التزام قانوني او اتفاقي [٦١٠] .

و الضرر ركن في المسؤولية في كل من القانونين المدني والاداري.ومهما تغيرت الاراء حول أساس مسؤولية ألادارة واقامتها على أساس الخطأ او المخاطر فأنها لم تؤثر اطلاقا على ضرورة وقوع الضرر لقيام المسؤولية ،لان وقوع الضرر هو الدافع الأساسي للبحث في مسألة تحديد المتسبب في وقوعه سواء بأعمال قواعد المسؤولية الادارية او قواعد المسؤولية المدنية [٦١١] والضرر على نوعين، الضرر المادي والضرر الادبي، فالضرر المادي هو الذي يصيب الشخص في حق له او مصلحة مالية، وعلى نقيض منه فان الضرر الادبي او المعنوي لا يصيب الا حقا او مصلحة غير مالية،كالذي يصيب الشخص في عاطفته و شعوره او في اعتباره وشرفه [٦١٢].

وفيما يتعلق بالتعويض عن الضرر المادي ،فلا خلاف بين قواعد المسؤولية المدنية وقواعد المسؤولية الادارية،ولكن هناك شئ من الاختلاف بينهما بخصوص التعويض عن الضرر الادبي[٦١٣]، فالقواعد المدنية تقرر صراحة التعويض عن الضرر الادبي،فالمادة ١/٢٠٥ من القانون المدني العراقي قد نصت على انه "يتناول حق التعويض الضرر الادبي كذلك، فكل تعد على الغير في حريته او في عرضه او في شرفه او في سمعته او في مركزه الاجتماعي او في اعتباره المالي يجعل المعتدي مسؤولا عن التعويض". فلا يبقى مجال للشك في ان القانون المدني العراقي يقرر تعويض المضرور عن جميع الالام التي تصيبه. كما تنص المادة ١/٢٢٢ من القانون المدني المصري على انه "يشمل التعويض الضرر الادبي ايضا و لكن لا يجوز في هذه الحالة ان ينتقل الى الغير الا اذا تحدد بمقتضى اتفاق او طالب الدائن به امام القضاء " كما وان نصوص القانون المدني الفرنسي عموما تسمح بالتعويض عن الضرر الادبي بقدر ما تسمح بالتعويض عن الضرر المادي[٦١٤].اما في القانون الاداري ،فنجد ان مجلس الدولة

---

(٦٠٩) على ان قواعد المسؤولية الادارية لا تجيز التعويض في هذه الحالة ،لانها تشترط ان يكون الاعتداء واقعا على حق وليس على مجرد مصلحة ،ومن هنا يبرز الفرق بين القواعد المدنية والادارية في المسؤولية من جهة ،وبين قضاء التعويض وقضاء الالغاء ضمن القضاء الاداري من جهة اخرى،ففي الوقت الذي يجوز المطالبة بالغاء القرار الاداري المعيب لمجرد مساسه بمصلحة المدعي ، فان دعوى التعويض لا تصح اقامتها الا اذا كان الاعتداء واقعا على حق مقرر قانونا لا على مجرد مصلحة.(انظر د. محمد فؤاد مهنا ،المسؤولية الادارية..،المصدر السابق،ص١٨١ض١٨٢).

(٦١٠) راجع د.عبدالمنعم الصدة،المصدر السابق،ص٥٨٥-د.منذر الفضل،المصدر السابق،ص٣٢٨-د.سليمان مرقس،المصدر السابق، ص١٢٧.

(٦١١) د. منذر الفضل،ص٣٢٩-وانظر ايضا د. محمود مختار البربري،المصدر السابق،ص١٠٢.

(٦١٢) د.السنهوري ،الوسيط في شرح القانون ..،المصدر السابق،ص٨٦٤ .

(٦١٣) د. مقدم السعيد ،التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المهنية ،ط١ ،دار الحداثة ،بيروت،١٩٨٥ ،ص٢٨٢ .

(٦١٤) انظر د. حسن علي الذنون،النظرية العامة للالتزام ،المصدر السابق،ص١٦٧و د. عبدالرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد-مصادر الالتزام ،المصدر السابق،ص٨٦٦.

الفرنسي كان يرفض ولمدة طويلة الحكم بالتعويض عن الضرر الادبي على أساس ان (الدموع لا تقوم)[٦١٥] ، اذ اشترط في الضرر الذي يترتب عليه المسؤولية ان يكون مما يمكن تقديره نقدا ،وهو ان كان ممكنا بالنسبة للضرر المادي فانه يصعب في حالة الضرر الادبي .فقد رفض المجلس في كثير من احكامه التعويض عن الالام النفسية او العاطفية التي يتحملها الشخص لفقد شخص عزيز عليه، ولكن المجلس بدأ فيما بعد يتحول عن مسلكه هذا و يقر التعويض عن الاضرار المعنوية المصحوبة بالاضرار المادية ويقرر تعويضا اجماليا عنهما ،على انه كان يستثني من هذه القاعدة حالة الاضرار المعنوية الناتجة عن الاعتداء على الشعور والعواطف بسبب قتل شخص عزيز، ولو ان الضرر المعنوي هنا مصحوب بالضرر المادي الا ان المجلس عالج هذه الحالة مع حالة الاضرار المعنوية المحضة فبدا يقر بمبدا التعويض عن الاضرار المعنوية غير المصحوبة بالاضرار المادية منذ عام١٩٢١.

وقد جرى القضاء التقليدي للمجلس على الحكم بتعويض رمزي عن الاضرار المعنوية المحضة،ثم تطور بعد ذلك فاصبح يقضي بالتعويض الكامل عن الاضرار الادبية[٦١٦]. ومهما يكن فان الموقف الحالي للتعويضات في القانون الاداري هو عموما غير مقبول بسبب تنوعها، وقد صدرت توصيات عديدة للحد من هذه الظاهرة[٦١٧] اما الشروط العامة الواجب تحققها في الضرر لتترتب عنه مسؤولية ألادارة فهي باقتضاب كالاتي:-

١- ان يكون الضرر محققا، ويقصد بذلك ان يكون الضرر قد وقع فعلا او ان وقوعه في المستقبل امر حتمي، اما الضرر المحتمل او المفترض وقوعه فلا يعوض عنه، اذ ان التعويض هو مبلغ نقدي لجبر الضرر، ولا يتصور ان يستطيع القضاء تقدير مبلغ نقدي لجبر ضرر لم يقع بعد،لان التقدير يستلزم وجود المقدر يقينا وتحققا،ومع ذلك فان تفويت فرصة يرتب لمن ضاعت عليه الفرصة حقا في التعويض، فالقضاء الاداري والقضاء المدني متفقان بشأن هذا الشرط وعلى حد قول الاستاذcolliard في رسالته عن الضرر في القانون الاداري "الحق في التعويض لايمكن ان يؤسس على الخشية والشك والخطر او التهديد[٦١٨]" وفي هذا يقول القضاء الاداري المصري"انما يكون مدى التعويض بمقدار الضرر الواقع فعلا على أساس الواقع الثابت لا على أساس افتراض

---

[٦١٥] "Les larmes Ne semonnaient pas ".

[٦١٦] راجع د.سليمان محمد الطماوي ،القضاء الاداري-قضاء التعويض...،المصدر السابق،ص٤٦١ص٤٦٣-على ان مجلس الدولة المصري قد سلك نفس مسلك زميله الفرنسي بشان المسؤولية عن الاضرار المعنوية -انظر د.محمد فؤاد مهنا، المسؤولية الادارية ...،المصدر السابق،ص١٨٩

[٦١٧] S.H.Bailey-C.A.cross-G.F.Garner,cases and materials in administrative Law, Sweet & Maxwell,London,1977,P.494 .

[٦١٨] د.حسين عامر و عبد الرحيم عامر،المصدر السابق،ص٣٣٣.

امور محتملة قد لا تحصل ،اذ يجب لصحة الاحكام ان تبنى على الواقع لا على الفروض والاحتمالات(٦١٩).

٢-ان يكون الضرر واقعا على حق مشروع-اذ يجب ان يقع الضرر على حق مقرر لصاحبه ومشروع، وياخذ الحق هنا معناه الواسع سواء كان ماليا او سياسيا (كحق الانتخابات) او حقا مدنيا او حقوق الاسرة ،فيشترط بالاضافة الى وجود الحق ان يكون مقررا على نحو مشروع فقد رفض مجلس الدولة الفرنسي التعويض لعشيقة شخص المتوفي التي كانت تعاشره معاشرة غير شرعية،او التعويض لوالدة طفل طبيعي غير معترف به(٦٢٠).

٣-ان يكون الضرر مما يمكن تقديره نقدا-فالهدف من قضاء التعويض هو الزام ألادارة بأن تدفع مبلغا من النقود كتعويض للمتضرر من اعمالها عند توافر اركان المسؤولية، فاذا كان الضرر ماديا فانه يسهل تقديره نقدا، اما الضرر المعنوي فقد ثار حوله الشك في بادئ الامر، ثم اتجه القضاء الاداري الفرنسي-على ما اسلفنا القول - الى انتهاج مسلك القضاء العادي و اقرار التعويض عن الضرر المعنوي وتابعه في ذلك مجلس الدولة المصري (٦٢١) .

٤-ان لا يكون الضرر قد سبق تعويضه-اذ لا يجوز ان يحصل المضرور على اكثر من تعويض لأصلاح نفس الضرر لئلا يؤدي ذلك الى اثراء المتضرر على حساب الفاعل او ألادارة وهذا مبدا عام له تطبيقات في مجالات اخرى ،كعدم جواز الحصول على الفوائد التأخيرية عن مبلغ التعويض المقرر (٦٢٢).

والى جانب هذه الشروط العامة فقد اشترط مجلس الدولة الفرنسي في الضرر توافر صفتين حتى يحكم بالمسؤولية على أساس المخاطر وهي:-

١- صفة الخصوصية -يقصد بالضرر الخاص ان يكون منصبا على شخص واحد او عدد معين من الاشخاص بحيث يجد المضرور نفسه في وضع استثنائي لا يشاركه فيه سائر الافراد، فالضرر الذي يقع شاملا بالنسبة للمجتمع او لمجموعة كبيرة من الافراد لا تترتب عليه المسؤولية، وقد أخذ بهذا الشرط فيما بعد القضاء العادي ايضا.

٢- الجسامة غير العادية -يكون الضرر جسيما جسامة غير عادية ،اذا ادى الى توقف المضرور عن نشاطه تماما فلا يعوض مجلس الدولة عن الضرر الذي يعتبر من قبيل المخاطر العادية .وتحديد جسامة الضرر يعود الى سلطة المجلس التقديرية دون رقابة

(٦١٩) مشار الى هذا الحكم في المؤلف د.محمد الشافعي،المصدر السابق،ص٣٤٣.

(٦٢٠) C.E.LL Mai,1928,demoiselle Ruchton

راجع جبار صابر،المصدر السابق،ص١١٠-د.ماجد راغب الحلو،المصدر السابق،ص٥٠٩ .

(٦٢١) د. محسن خليل ،القضاء الاداري اللبناني،المصدر السابق،ص٥٩١.-وانظر ايضا د. سعدون العامري،تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية ،مركز البحوث القانونية ،بغداد ،١٩٨١،ص١٤.

(٦٢٢) د. حسين عامر ،المصدر السابق،ص٣٣٧-د. سعدون العامري،ص٣٨

عليه من هيئة اخرى [٦٢٣].وقد عمل هذان الشرطان على عدم توسع المجلس في فكرة المخاطر كأساس لمسؤولية ألادارة ،واصبح ذلك بمثابة صمام امان للادارة في العمل على عدم تحميل الخزانة العامة باعباء اضافية ناتجة عن قضايا التعويض غير المستندة الى خطأ في جانب ألادارة .

الفرع الثاني-علاقة السببية ومسؤولية المخاطر:

السببية ركن مستقل من اركان المسؤولية ،وهي في معناها العام الشامل تعتبر الأساس الاول للمسؤولية الانسانية عموما [٦٢٤]، فأكثر الدراسات الحديثة حول السببية متعلقة على الوجه الغالب وبصورة واسعة جدا بتحديد مدى المسؤولية بسبب الاهمال الا انه بالرغم من ذلك فان المسائل المتعلقة بالسببية تظهر في كل فرع من فروع القانون- ومنها القانون الاداري[٦٢٥]. والسببية هي اسناد أي امر من امور الحياة الى مصدره[٦٢٦]، فهي ليست بفكرة قانونية خالصة وانما يتسع نطاقها لكل فرع من فروع العلم ، وقد وضعتها الفلسفة في مقدمة المشاكل التي تبحث فيها[٦٢٧].

والرابطة السببية يمكن استخلاصها من نصوص القانون المدني الفرنسي والمصري والعراقي[٦٢٨]،كما ان بعض احكام المحاكم اشارت صراحة الى ضرورة تحقق العلاقة السببية بين سلوك الشخص او فعل من يسأل عنهم او فعل شئ تحت حراسته وبين الضرر حتى تقوم المسؤولية .

ومسؤولية المخاطر قد تفهم للوهلة الاولى على انها تستغني عن ركن الخطأ وعن العلاقة السببية بينه وبين الضرر،وتكتفي لاقرار التعويض وجود الضرر فحسب،ولكن الحقيقة غير ذلك، فرابطة السببية بين النشاط (الفعل)الضار والضرر ضرورية لتعويض المضرور ومساءلة الفاعل[٦٢٩]. فالسببية والضرر متلازمان وبأنعدام السببية ينعدم في الوقت نفسه الضرر.اما السببية والخطأ فانهما منفصلان ويظهر ذلك بوضوح في حالة الخطأ المفترض،ولكن هذا الاستقلال لا يظهر عندما يكون الخطأ واجب الاثبات،اذ تستتر

---

[٦٢٣] انظر د. سليمان الطماوي،القضاء الاداري،قضاء التعويض ....،المصدر السابق، ص٢٠٨- ود. محمد فؤاد مهنا،المسؤولية الادارية ...،المصدر السابق،ص١٨٦ .

[٦٢٤] د. علي راشد ،عن الارادة والعمدوالخطأ والسببية في نطاق المسؤولية الجنائية ،بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية التي تصدرها جامعة عين شمس ،العدد الاول ،السنة الثامنة ،١٩٦٦،ص١ص٣٤بالاشارة الى ص٢٧.

[٦٢٥] H.L.A. Hart &A.M.Honore;Causation In The Law,Oxford University-press, Reprinted from corrected sheet of the First edition,1973,p.79.

[٦٢٦] د.رؤوف عبيد،السببية الجنائية بين الفقه والقضاء،الطبعة الرابعة ،القاهرة،١٩٨٤،ص٣.

[٦٢٧] د.محمود نجيب حسني،علاقة السببية في قانون العقوبات ، بحث منشور في مجلة المحاماة المصرية،العددالاول،لسنة(٤٣)، القاهرة ،١٩٦٢،ص٩٢ص١١٣بالاشارة الى ص٩٠.

[٦٢٨] مثال ذلك المادة ١/١٣٨٤ مدني فرنسي-والمادة ١٧٨ مدني مصري-والمادة ٦٩/٣مدني عراقي.

[٦٢٩] د. محمود حلمي،المصدر السابق،ص٢٧٤.

السببية وراء الخطأ ولا يتبين بوضوح انها ركن مستقل[٦٣٠].ففي حالة مسؤولية ألادارة على أساس المخاطر فانه يكفي لتعويض ألادارة للمضرور وجود ضرر وان هذا الضرر مرتبط سببيا بنشاط ألادارة . فلا تسأل ألادارة عن الاضرار التي تحدث نتيجة سبب بعيد عنها او غريب عليها كالقوة القاهرة وخطأ المضرور بل تستلزم وجود سببية مباشرة بين الضرر الواقع والنشاط الاداري وتسمى ذلك (بالاسناد المادي)بتعبير اخر[٦٣١].

فقد يحصل النشاط الضار للادارة في ظروف تجعل الرابطة بينه وبين الضرر محققة دون مشاركة عوامل اخرى في حصولها فيكون النشاط وحده السبب في الضرر،وقد يلتقي هذا النشاط مع عامل اخر يكون هو المؤثر في وقوع الضرر بحيث يستغرق النشاط الاداري فيكون هو السبب المنتج للضرر[٦٣٢]، وهنا يصبح من الضروري التصدي للبحث في جوهر السببية وهو تحديد معيارها هذا المعيار الذي يمكن بمقتضاه القول بان الفعل الضار هو الذي ادى الى وقوع الضرر[٦٣٣].

وقد اقترحت بهذا الصدد معايير عديدة ونظريات كثيرة تقدم حلولا للمسائل المطروحة وللأشكالات التي تواجه القضاء والفقه بهذا الصدد واهم هذه النظريات-نظرية تعادل الاسباب، ونظرية السببية الملائمة، ونظرية السببية المباشرة ونظرية السبب الاقوى، ونظرية السبب الاخير[٦٣٤].

فحسب نظرية تعادل الاسباب، تعتبر كافة العوامل التي سبقت حصول الضرر متساوية في حصول هذا الضرر، وقد قدم هذه النظرية الفقيه الالماني **Von Bure**، وهي تمثل وجهة النظر الفلسفية التي تجعل للاحداث المتسلسلة والسابقة في وقوع الحادث اسبابا في الضرر الحاصل.

اما نظرية السببية الملائمة فمفادها انه عندما تساهم عدة اسباب في احداث الضرر فيتوجب التمييز بين الاسباب العرضية والاسباب الفعالة بالنسبة للضرر ومن ثم اهمال الاولى والاخذ بالثانية،وقد نادى بهذه النظرية الالماني **Von Kries**،والسبب الفعال هو الذي يؤدي الى احداث الضرر بحكم السير العادي للأمور، وهذا ما يقترب من وجهة نظر العلوم التطبيقية التي تقوم بقياس مدى مساهمة كل عامل في احداث النتيجة،ولكن

---

(٦٣٠) د.عبدالرزاق السنهوري ،الوسيط في القانون المدني الجديد..،المصدر السابق،ص٨٧٤ .

(٦٣١) د. على راشد ،مبادئ القانون الجنائي،الجزء الاول،ط٢ ،القاهرة،١٩٥٠،ص٥١٧ .

(٦٣٢) د.عاطف النقيب،النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الاشياء،ط١،منشورات عويدات،باريس،بيروت، ١٩٨٠، ص١٩٥.

(٦٣٣) د. محمود نجيب حسني،المصدر السابق،ص٩٥ .

(٦٣٤) للتفصيل في هذه النظريات انظر-د.ثروت انيس الاسيوطي،مسؤولية الناقل الجوي في قانون المقارن،رسالة دكتوراه، المطبعة العالمية، ١٩٦٠، ص٤٠٩-د.محمد مصطفى القللي، المسؤولية الجنائية،ط١،مطبعة جامعة فؤاد الاول، ١٩٤٨، ص٣٩ وما بعدها-د.حسن صادق المرصفاوي،شرح قانون الجزاء الكويتي،القسم الخاص،مطابع الاهرام التجارية،القاهرة، ١٩٦٩،١٩٧٠،ص٨٧ وما بعدها .

وسائل القياس ان كانت في متناول يد القائم بالتجارب في مجال العلوم التطبيقية فانها غير متوافرة بالنسبة للقاضي [٦٣٥].

وعلى العموم فان هاتين النظريتين هما اللتان تعول عليهما القوانين المدنية في نصوصها ومعظم الاحكام الصادرة عن المحاكم .

اما نظرية السبب المباشر فهي التي تعتبر السبب المباشر العلة الفاعلة قانونا والتي تسبق مباشرة حصول الضرر [٦٣٦].

وعلى العموم فان الملاحظ على التشريعات انها قلما تعنى بوضع معيار للعلاقة السببية في القانون [٦٣٧].

وخلاصة القول ان العلاقة السببية في مسؤولية المخاطر تختلف عن معناها في المسؤولية المبنية على الخطأ فبينما تعني في الثانية ان الضرر هو نتيجة للخطا، تعني في الاولى ان الضرر هو نتيجة للنشاط او الشئ الخطر، وتمثل العلاقة السببية ركنا مهما من اركان هذه المسؤولة وان كانت تقوم على أساس المخاطر .

ومهما يكن من امر فان نظرية تعادل الاسباب رغم بساطتها،لايمكن اعمالها الا في حالة قيام المسؤولية على أساس الخطأ [٦٣٨]، اما في حالة مسؤولية المخاطر فلا يمكن الاعتماد على نظرية تعادل الاسباب لانه حسب هذه الفرضية فان مجموعة من الافعال قد ساهمت في احداث الضرر،فاذا ما اخذ بالاعتبار عمل كل القائمين بهذه الافعال، استلزم قيام مسؤوليتهم جميعا ،وهذا ما حمل انصار نظرية المخاطر على القيام باختيار العلة الفاعلة حقيقية في احداث النتيجة الضارة من بين اسباب السابقة للضرر وبذا يكونون قد لجأوا الى نظرية السببية الملائمة او المنتجة [٦٣٩].

---

[٦٣٥] علي عبيد عودة،المصدر السابق،ص١٧٩-ر د. طلال مهتار ،المصدر السابق،ص٢٥٧ .

[٦٣٦] د.طلال مهتار،ص٢٥٨ .

[٦٣٧] د.محمود مصطفى،شرح قانون العقوبات،القسم العام ،ط ١٠ ،مطبعة جامعة القاهرة،١٩٨٣،ص٢٨٦.

[٦٣٨] يلاحظ على المشرع العراقي وفي نطاق المسؤولية الجنائية،اخذه بنظرية التعادل (تكافؤ)الاسباب بعد ان ضيق شيئا من نطاقها .وذلك في المادة ٢٩ من قانون العقوبات العراقي رقم ٧٢ لسنة ١٩٦٩(انظر د. علي حسين خلف وسلطان الشاوي، قانون العقوبات،مطابع الرسالة،الكويت،١٩٨٢،ص١٤٥ ص١٤٧-ايضا د. ماهر عبد الشويش،شرح قانون العقوبات . القسم الخاص،١٩٨٨،ص١٧٠).

[٦٣٩] راجع د. طلال عامر المهتار،المصدر السابق،ص٢٦١ .

-المطلب الرابع-

موقف الفقه من مسؤولية المخاطر:-

على الرغم من ان المسؤولية على أساس المخاطر غدت من ابرز معالم المسؤولية الادارية في فرنسا فقد تفاوت موقف الفقهاء الفرنسيين بصددها وانقسموا بين مؤيدين ومنازعين، وتبعهم في ذلك جانب من الفقه العربي [٦٤٠]،فسافاتيه يرى في مسؤولية المخاطر التبعة التي تلزم المسؤول بان يعوض عن الاضرار الحاصلة بسبب نشاط يمارس لمنفعته وتحت ادارته وان لم يكن هناك خطأ من جانبه، فالمسؤولية في هذه الحالة يرتبها القانون على الشخص الذي لم يكن قد اخطأ او لم يكن بالامكان اثبات خطأ عليه، فيلزم بالتعويض في مقابل النفع الذي يحصل عليه من نشاطه الذي تسبب في الحاق ضرر بالغير، وهو من المتحمسين لفكرة المخاطر بأعتبارها تعكس مبادئ انصاف يتطلبها المجتمع المعاصر فتأتي متجاوبة مع الاخطار المتزايدة التي تواجه الافراد في تلك المجتمعات ،وشعور الناس بلزوم التعويض لمن تضرر،ونادى بأن تحل مسؤولية المخاطر محل المسؤولية المبنية على أساس الخطأ، فالأخطار المتزايدة التي تواجه الافراد تتطلب وجود نوع من التأمين المجاني ضد هذه الاخطار، بتعويض المضرورين من نشاط تم لصالح الجماعة .فهو يرى ان الضمير الشعبي(موقف الدولة) يجب ان يصدر عن فكرتين أساسيتين الاولى هي ان كل نوع من المخاطر يجب ان يكون له ضامن، وان كل ضرر لابد من وجود مسؤول عنه، والثانية توجب ان يستقر العبء النهائي للتعويض على عاتق الدولة التي لم تستطع ان تدفع عن رعاياها تلك المخاطر[٦٤١].

كما ويقول سافاتيه بصدد تطبيق نظرية المخاطر على قضايا المسؤولية المدنية من دون تقييد هذه النظرية بفكرة المشروع الخطر او الشئ الخطر"ان المسؤولية على

---

[٦٤٠] لابد ان نشير هنا الى موقف الفقه الاسلامي من أساس المسؤولية .فرغم اختلاف المذاهب في الاسلام فانه لا يأخذ بفكرة الخطأ وانما يجعل من عنصر الضرر أساسا للضمان عن الفعل الضار .فسواء كان محدث الضرر متعديا او غير متعد، مميزا او غير مميز ،يكون ضامنا لفعله يسال عن الضرر الذي يحدثه .وقد فرق هذا الفقه في الحكم بين المباشر و المتسبب، فالمباشر (الشخص الذي يتسبب فعله مباشرة في احداث الضرر)يكون ضامنا ولو لم يتعمد او يتعدى بينما --لايكون المتسبب (الشخص الذي يعد فعله سببا في حصول الضرر)ضامنا الا بتعمده او تعديه.كما وان القاعدة في هذا الفقه ان المباشر والمتسبب اذا اجتمعا اضيف الحكم الى المباشر وهو الذي يلزم بالضمان.فاذا حفر شخص حفرة في الطريق العام دون اذن ولي الامر وجاء شخص والقى فيها مالا لأخر فاتلف فالضمان على من القى المال لانه هو المباشر،اما الحافر فيكون متسببا لايضاف اليه الحكم فلايلزم بالتعويض وهكذا تجد نظرية المخاطر او تحمل التبعة جذورها في مبادئ الشريعة الاسلامية التي تبنت النظرية الموضوعية في المسؤولية منذ اوائل عهدها قبل اكثر من الف سنة فلها قصب السبق على التشريعات الوضعية في هذا المجال.(انظر د. عبد المجيد الحكيم،المصدر السابق،ص٤٩٥-ص٤٩٧.

[٦٤١] R.Savatier,op.cit,p.274.

مشار اليه في مؤلف د. عاطف النقيب،النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الاشياء،المصدر السابق،ص٣٩٠.

أساس الخطر تستند الى عدالة مادية quilibre materie -وتتجسم هذه العدالة وتبرز عند غياب الخطأ ووجود الضرر فأذا كان الضرر غير متوقع ولا يمكن دفعه فانه بالتالي يكون نتاجا لحادث غير عادي يخرج عن التقدير الطبيعي للامور وتوقعها ،ولا يلزم بتعويض هذا الضرر الا من كان مستفيدا من هذا النشاط في الحادث نفسه "[٦٤٢].

ثم يمضي الفقيه قائلا-على ان هناك فريقا اخر من الفقهاء ياخذون بنظرية تحمل التبعة كأساس للمسؤولية من حيث لا يشعرون،وذلك عندما يتوسعون في مفهوم الخطأ ومن هؤلاء(الاستاذان هنري و ليون مازو والاستاذ بيسون)فهم يصبغون الخطأ بصبغة مادية موضوعية لا علاقة لها بمكنونات النفس الانسانية و خفاياها وهكذا يتفقون مع الدعاة الاوائل لفكرة تحمل التبعة حيث ينادون في هذه النظرية بوجوب مساءلة الشخص عن نشاطه Acitiveite وليس عن خطئه Faute ولايحتفظون من الخطأ الا بالأسم دون الجوهر[٦٤٣].

ولكن هذا الفقيه رغم تحمسه لفكرة المخاطر كأساس لمسؤولية الادارة ، فانه يصنفها في مرتبة تأتي بعد فكرة الخطأ في ترتيبه لقواعد المسؤولية حيث يعلن انه اذا كانت مقومات المسؤولية على أساس الخطأ قد تجمعت فانه يجب اقرارها تقديما لها على مسؤولية المخاطر، اذ تظل للتبعة الشخصية الاولوية في التطبيق بينما تكون المسؤولية على أساس المخاطر ذات طابع استثنائي لا يلجا اليها الا احتياطا [٦٤٤].

يتضح من هذا ان سافاتيه حاول ان يجعل من فكرة المخاطر أساسا عاما لمسؤولية ألادارة بدلا من المسؤولية الخطئية ،الا انه لم ينجح في محاولته لتعارضها مع الأوضاع السائدة في المجتمع،مما أضطرهُ للتراجع عن فكرته وتقديمه للمسؤولية الخطئية على مسؤولية المخاطر.

ويؤيد الفقيه Dues نظرية المخاطر كأساس لمسؤولية ألادارة و يقول ان نظرية المخاطر التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي وفقا لسياسته القضائية ليست في الحقيقة الا مظهرا لحيطة المجلس وحذره في رقابة اعمال ألادارة اذ ان المسؤولية على أساس الخطأ تتطلب من المجلس الخوض في صميم المسائل الادارية التي تحرص ألادارة الاحتفاظ بها لكي يتسنى له معرفة ما اذا كانت ألادارة قد اخطات او لم تخطئ. في حين يقتصر المجلس في حالة المسؤولية على أساس المخاطر التأكد من صفة الضرر الاستثنائية ومن نشاط ألادارة في امكانية تضمنها لمخاطرغيرعادية [٦٤٥].

وقد انتقد بانه يفضل نظرية المخاطر على نظرية الخطأ كأساس لمسؤولية ألادارة على أساس ان تطبيق المخاطر يتحقق معه مبدا الفصل بين السلطات، لعدم استلزام فكرة

---

(٦٤٢) نقلا عن عبدالجيد. المصدر السابق. ص٤٧٩.

(٦٤٣) راجع بهذا الشأن سافاتيه،المجلة الانتقادية للتشريع ،١٩٣٤، القواعد العامة للمسؤولية-نحو المذهب الاجتماعي للمسؤولية والتبعة الفردية-مشار اليه في مؤلف د. حسن الخطيب .المصدر السابق،ص١٠٦.

(٦٤٤) نقلا عن د. عاطف النقيب،النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الاشياء، المصدر السابق،ص٣٩٠ .

(٦٤٥) مذكور في مؤلف د. سليمان الطماوي،دروس في القضاء الاداري،المصدر السابق،ص١١٣ .

المخاطر التدخل في صميم اعمال ألادارة بحجة الكشف عن الخطأ، بينما يؤدي تطبيق فكرة الخطأ الى خرق مبدأ الفصل والتجاوز على سلطات ألادارة، وهنا نرد عليه بأن مبدأ الفصل بين السلطات لم يبق له ذلك المفهوم الجامد الذي عرفه النظام الدستوري الفرنسي في بداية عهده، بل خضع لتغيرات عديدة اصبح معها مبدنا مرنا وخصوصا في مجال قضاء التعويض، لذلك فان الاحتجاج بمبدا الفصل لتفضيل مسؤولية المخاطر على المسؤولية الخطئية لا يستند الى أساس من الصحة والمنطق.كما وان مبادئ الاشتراكية والاقتصاد الموجه التي اخذت بها الكثير من الدول ومنها فرنسا ساندت نظرية المخاطر لأن تكون أساسا لمسؤولية ألادارة.فبموجب هذه المبادئ تنظم الدولة كافة نشاطاتها عن طريق قرارات ادارية والعدول عن بعض هذه القرارات بين حين واخر وفقا لتغير الظروف مما يعرض المشروعات الخاصة بسبب ذلك الى مخاطر غير عادية يتعين معها تعويضهم وان لم يكن هناك خطا. يضاف الى ذلك ان النظرية قد اصبحت مبدا دستوريا بعد ان اقرتها دساتير بعض الدول، فمقدمة دستور سنة ١٩٤٦، في فرنسا تضمنت نصا يقضي بضرورة العمل على مساواة وتضامن الفرنسيين جميعا امام الاعباء الناجمة عن الكوارث القومية (٦٤٦).

وينتقد الفقية هوريو Hauruo نظرية المخاطر من وجوه عدة بعد ان كان من اشد المدافعين عنها،فهو يرى ان اقرار مجلس الدولة لهذه النظرية جاء متأخرا ولم يكن هناك حاجة للأخذ بها، فهو يلاحظ ان تطور المسؤولية في القضاء الفرنسي بدأ بصفة عامة على أساس فكرة الخطأ ثم ضعفت شيئا فشيئا بتأثير الانتقادات الموجهة اليها والعيوب التي كشف عنها تطبيق النظرية ليحل محلها نظرية المخاطركأساس لمسؤولية ألادارة التي لاقت نجاحا كبيرا لتلافيها عيوب المسؤولية على أساس الخطأ عندما يتعذر على المضرور اثبات الخطأ لانها تقيم المسؤولية على ركني الضرر والعلاقة السببية فقط. وحدث بعدئذ ما ادى بنظر هذا الفقيه الى استبعاد نظرية المخاطر حيث تدخل المشرع واقر المسؤولية على أساس المخاطر بنصوص تشريعية، هذا من جهة واستطاع القضاء العادي من جهة اخرى تخطي عيوب المسؤولية على أساس الخطأ باقامة قرائن الخطأ. الامر الذي يجعل الاستغناء عن نظرية المخاطر ممكنا،ثم يقول ان قضاء مجلس الدولة الفرنسي بتطبيقه لنظرية المخاطر فأنه خطا خطوة الى الوراء وعدم الاعتراف بالتطور الذي اضفاه القضاء على نظرية الخطأ، ومسلكه هذا يعارض مبدأ اقامة مسؤولية ألادارة بغير خطأ، على اعتبار ان ذلك من قبيل الاعتداء على سيادة الدولة (٦٤٧).

ويمكن الرد على هذا بان السيادة بمفهومها التقليدي او المطلق قد انقرضت من عالم القانون وخصوصا في العصر الحديث بعد تزايد نشاطات ألادارة وتدخلها في معظم المجالات في المجتمع كالافراد العاديين فضلا عن ان مجلس الدولة الفرنسي لم يجعل هذه النظرية القاعدة العامة في مسؤولية ألادارة،بل اعتبرها استثناء لا يجوز اللجوء

(٦٤٦) د. سليمان محمد الطماوي،القضاء الاداري-قضاء التعويض..،المصدر السابق،ص٢٥٣.

(٦٤٧) د.ماجد راغب الحلو ،المصدر السابق،ص٥٢٩-وايضا د.سليمان الطماوي،ص٢٤٦.

ليها الا في الحالات التي تتعارض فيها قواعد المسؤولية الخطئية تعارضا صارخا مع قواعد العدالة التي تقضي بوجوب تعويض المضرور بسبب اعمال تؤدى للصالح العام ومن جانب اخر يؤكد هوريو ان المسؤولية على أساس المخاطر في حقيقتها ليست مسؤولية وانما هي تأمين يكمن مصدره في القانون وهذا ما فعله المشرع عندما نص على "التعويض صراحة بالنسبة لبعض المسائل. اما اقامة نظرية قضائية دون ذلك فتكون غامضة وغير واضحة المعالم ولايمكن ارجاعها الى أساس قانوني سليم غير ذلك الأساس الغامض المستمد من قواعد العدالة والمساواة امام الاعباء العامة .

الا ان هوريو لم يستطيع انكار فوائد فكرة المخاطر وحمايتها للأفراد في كثير من الحالات التي لم يرد بشأنها نص قانوني ولم تكن تسعفها فكرة قرائن الخطأ،فحاول ارجاع أساس المسؤولية في تلك الحالات الى أساس قانوني مسلم به وهو فكرة الاثراء بلاسبب المدنية [٦٤٨].

اذ وجد هذا الفقيه ان مجلس الدولة الفرنسي اصدر احكاما فردية ماتزال شاردة في القضاء الاداري مرجعا فيها مسؤولية ألادارة الى هذه الفكرة،فأراد هوريو ان يقيم عليها نظرية فقهية ولكن لم يحالفه النجاح ولم يجد لها صدى في القضاء الحديث للمجلس والذي أخذ بدوره يوسع من مجال مسؤولية المخاطر [٦٤٩].

ويرد د.الطماوي على ما اورده هوريو من انتقادات بصدد نظرية المخاطر قائلا"ان الأخذ بنظرية المخاطر لا يمثل كما يقول هوريو -رجوعا الى الوراء ،وانما هو بمثابة تطور بالغ الاهمية الى الامام واذا كانت قرائن الخطأ قد لطفت كثيرا من عيوب المسؤولية التقصيرية، فأنها ابعد من ان تواجه جميع الحالات التي يطبق فيها المجلس فكرة المخاطر". واذا كان القضاء العادي في فرنسا قد قصر عن ملاحقة القضاء الاداري في تطوره، فان هذه الحقيقة لاتستمد منها حجة ضد نظرية المخاطر ،و القول على الخصوص بأنها نظرية رجعية .هذا ويستدل الطماوي على قوله بمسلك المشرع الفرنسي بسيره في اعقاب القضاء الاداري متبنيا الكثير من حلوله في نصوص تشريعية مما يعني سلامة نهج مجلس الدولة بشأن هذه المسؤولية.

اما فيما يتعلق بنظرية الاثراء بلا سبب التي اقترحها هوريو ليستعيض بها عن فكرة المخاطر، فيرى الدكتور الطماوي انها ابعد من ان تتجنب النقد الذي وجهه هو نفسه لنظرية المخاطر، فهي ليست قائمة على الافكار المدنية المسلمة بها،فأساسها غامض،وان القرينة التي قدمها على مدى التعويض لم يسندها بدليل معقول فضلا عن

---

(٦٤٨) تقوم فكرة الاثراء بلا سبب المدنية على اركان ثلاثة-افتقار الدائن ،اثراء المدين ،و عدم وجود سبب قانوني يجيز للمدين ذلك الاثراء.ويدفع التعويض وفقا لأقل القيمتين،اي قيمة ما اثرى به المدين وما افتقره الدائن،وعادة يكون الاثراء في صورة ايجابية تتمثل في انتقال مال من ذمة الى اخرى،سواء كان ذلك بزيادة العناصر الايجابية لذمة المدين او بانقاص العناصر السلبية منها .غير ان هوريو لم يستطيع تطبيق القواعد المدنية على اطلاقها بل قام بتحويرها بحيث تنسجم مع حالة ألادارة فأكد على ان الاضرار التي تلحق بالافراد نتيجة الاشغال العامة او نشاط ألادارة الخطر لاتؤدي الى اثراء ألادارة وفقا لمعناه المعروف ولكن تؤدي الى تحقيق الانفاق الأقل -(انظر د. ابراهيم ابو الليل و محمد الالفي:المصدر السابق،ص٣٠٧.

(٦٤٩) د.سليمان محمد الطماوي ،القضاء الاداري -قضاء التعويض....المصدر السابق،ص٢٤٩.

انها اوسع من نظرية المخاطر لو طبقت على اطلاقها،لان فكرة(الانفاق الاقل)التي جاء بها هوريو لا تشمل الاضرار التي تصيب املاك الافراد ولكنها تنصرف الى جميع اوجه النشاط الاداري، اذا ما الحق بالافراد ضررا. وان العيب الرئيسي على حد قوله يكمن في ان هوريو نفسه لم يرفض نظرية المخاطر بل اجاز بقاءها كأساس استثنائي الى جانب فكرة الخطأ بل واضاف الى ذلك فكرة ثالثة وهي فكرة الاثراء بلا سبب الادارية(٦٥٠).

ويرفض د.الشافعي(٦٥١) لنظرية المخاطر ان تكون أساسا لمسؤولية الادارة فهو يرى ان المسؤولية لا تقوم الا على أساس الخطأ ،وانها بغير هذا الأساس تفقد سببها القانوني لان المسؤولية هي التزام نهائي بتعويض الاضرار،وسبب هذا الالتزام هو الخطأ او(الفعل غير المشروع)، فالقول بوجود مسؤولية بغير خطأ معناه وجود التزام بغير سبب،وهذا الالتزام يكون باطلا لا وجود له ولا كيان.وان كل الحالات التي قيل فيها بالمسؤولية على أساس المخاطر او غيرها لا تتعدى كونها حالات اعفاء من اثبات ركن الخطأ،وشتان بين وجود الخطأ ومن يتحمل عبء هذا الاثبات وبين الاعفاء من الاثبات تماما، اما بخصوص ما ذهب اليه الفقهاء بوجود مسؤولية بدون خطا،ففي اعتقاده ان ذلك ناتج عن الخلط بين مسألتين مختلفتين، هما حالة وجود الخطأ كركن في المسؤولية وأساس لها وسبب للالتزام ومسألة اثبات هذا الخطأ ومن يتحمل عبء هذا الاثبات حتى اذا ما تقرر الاعفاء من الاثبات ازداد الخلط وتحقق الوهم في ان الخطأ غير قائم وان المسؤولية قامت بدونه.

ويضيف قائلا بان التحليل الفني القانوني للحالات التي قضى فيها مجلس الدولة الفرنسي بالتعويض على أساس المسؤولية بغير خطأ يثبت ان المسؤولية قد قامت على أساس الخطأ، وان كل ما حدث هو انه تم اعفاء المضرور من اثبات الخطأ،ويجد ان أساس المسؤولية في الحالات التي نص عليها التشريع والقائمة على ركني الضرر والعلاقة السببية هو الخطأ ايضا وكل ما جرى ان المشرع قد اقام قرينة قانونية قاطعة على ثبوت هذا الخطأ، فاعفى المضرور من اثباته-وهذا ما يوحي للعيان ان المسؤولية وكانها قائمة على ركنين فقط ومن ثم فانه خلص الى ان المسؤولية على أساس الخطأ هي القاعدة العامة واستثناء قد يرى القضاء والمشرع ان في القاء عبء الخطأ على المضرور يعد امرا عسيرا ينشأ عنه هضم حقه لعجزه عن اثبات الخطأ.ومن هنا فيتدخلان ليقيما قرينة قانونية او قضائية على الخطأ.وبما ان هذه الحالات هي استثناء من الاصل العام فلا يجوز تطبيقها الا حيث استقر عليه القضاء او نص عليها المشرع .

الا اننا لا نتفق مع هذا الرأي على اطلاقه رغم انه وبمفهومه المحدد في نطاق المسؤولية المقامة على أساس الخطأ صحيح،الا ان هذه الفكرة للمسؤولية لا تغطي جميع حالات المسؤولية اذ لايمكن في الكثير من الحالات معرفة الشخص المسؤول رغم وجود الخطأ، ثم اذا ما وجدنا المخطئ وقد كان شخصا معنويا ،فانه في هذه الحالة لا يتفق مع صاحب هذا الرأي الذي يرى بعدم امكان صدور الخطأ ممن لا يملك الادراك او

---

(٦٥٠) المصدر نفسه،ص١١٢

(٦٥١) د.محمد الشافعي ابو راس،المصدر السابق،ص٣٦٨ص٣٦٩.

التمييز[٦٥٢]، لذلك لا يمكن ان نسلم به على اطلاقه لانه يغلق الباب امامنا في وضع الحلول في حالات قيام المسؤولية بدون خطأ،لذا فان الواقع الحقيقي يتطلب منا البحث عن أساس اخر للمسؤولية وهذا الأساس هو الضرر وان فكرة المخاطر ليست الا صورة او وجها من وجوه المسؤولية المقامة على فكرة الضرر، لذا فان الاصرار للبقاء على هذا الرأي يعني وقف عملية التطور ومن ثم عدم محاولة الاتيان بافكار اخرى يمكن ان تكون أساسا للمسؤولية .

ويعارض الاستاذ كاريه دي ملبرج نظرية المخاطر، فهو يعيب على هذه النظرية من الناحية الدستورية اذ يأخذ على فقهاء القانون العام انهم لا يقيمون كبير وزن للاعتبارات الدستورية عند مناقشتهم لموضوع المسؤولية، كما لو كان القانون الاداري مستقلا كاملا عن القانون الدستوري .وهم بذلك يتناسون ان القانون الاداري لا يمكنه السير الا في فلك القانون الدستوري لان الثاني يقدم للاول رؤوس المواضيع التي يدرسها.ومن ثم فانه لا يسلم بتأسيس مسؤولية ألادارة على نظريات غامضة وغير محددة كالمخاطر او الاثراء بلا سبب،وينكر ذلك على الفقهاء ايضا الا من اراد منهم انكار سيادة الدولة، لان هذه الافكار في نظره تعادي مبدأ سيادة الدولة وتقلب المبادئ التي تقوم عليها رأسا على عقب[٦٥٣].

والملاحظ على هذا القول انه يقترب كثيرا في مفهومه لما اورده الفقيه هوريو من مأخذ على نظرية المخاطر وفيما تعلق منها بمبدأ السيادة فكما سبق القول ان سيادة الدولة لم تبق بمفهومها التقليدي فتغيرت النظرة اليها بحيث امكن المساس بها بدليل ان كثيراً من الدول سيما دول اوربا الغربية منها قد جاءت بتنظيمات اخرى لمعالجة المساس بحقوق الانسان التي تقيم المسؤولية بتحققه فنجد الهيئات التي شكلتها هذه الدول ومن بينها المحاكم التي بامكانها اصدار القرارات التي تلزم الدولة باحترام القانون عندما تصدر منها افعال تمس حقوق الانسان لذا فان فكرة السيادة قد تطورت ولم تظل كما كانت في السابق بل أصبح نطاقها ضيقا [٦٥٤].

وقد ذهب عدد من الفقهاء وعلى راسهم الفقيه **Waline** الى ان أساس المسؤولية في القانون العام هو فكرة المساواة امام الاعباء العامة ،اذ كثيرا ما تقع اضرار للافراد بسبب نشاط اداري يوصف بأنه مشروع وان الصالح العام هو الذي حتم على ألادارة القيام به، فيكون الوضع هنا ان ألادارة قامت بنشاط حققت به الصالح العام وترتب عليه في الوقت نفسه اضرار لبعض الافراد،اي ان هؤلاء هم وحدهم قد تحملوا اعباء هذا النشاط،فيهتز مبدأ المساواة امام الاعباء العامة بسببه، لأن مقتضى هذا المبدأ ان تتحمل الجماعة كلها الاعباء العامة، فأذا تحملها قسم من الافراد دون غيرهم اختل المبدأ، مما يتوجب على ألادارة، اعادة هذه المساواة بتعويض معادل[٦٥٥] ويرى الفقيه دي لوبادير

---

[٦٥٢] راجع في هذا القول ،ص٣٢٥ من مؤلفه السابق.

[٦٥٣] اقتبس راي من مؤلف د. سليمان الطماوي،القضاء الاداري-قضاء التعويض..،المصدر السابق،ص٢٤٦

[٦٥٤] انظر بهذا الشان. د.محمد سعيد مجذوب،المصدر السابق،ص١٠٢.

[٦٥٥] Walin ,Droit administatif,traite,Sercy,Ied,P.867 et suive .

ان مبدأ المساواة امام الاعباء العامة هو أساس مسؤولية ألادارة. De laubadere فيذكر ان مسؤولية ألادارة تقوم بسبب اداء المرافق العامة خدماتها للافراد الذين يستفيدون منها واذا حصل وان ترتب عن نشاطات تلك المرافق ضرر لاحد الافراد،فالعدل يقتضي تحميل مجموع الافراد عبء التعويض،ويقول بانه يوجد الى جانب نظام المسؤولية بدون خطا(على أساس المساواة امام الاعباء العامة)نظام اخر للمسؤولية يقوم على أساس الخطأ، وتبرير ذلك يكمن في اسباب عملية متعلقة بالجانب المالي للادارة والمتمثلة في العمل على عدم ارهاق الخزانة العامة باعباء اضافية للتعويضات وبالتالي تحديد نطاق المسؤولية بدون خطأ وقصرها على حالات معينة،اما فيما عداها فيلزم ارتكاب ألادارة للخطأ حتى تثبت مسؤوليتها وهنا تؤكد نظرية المخاطر بأنها لا تزال رغم تطورها غير ثابتة وغير مستقرة بل متممة للنظرية الأساسية (نظرية الخطأ)وانها تشترط في تطبيقها على بعض الأوجه من نشاطات ألادارة شروطا استثنائية في الضرر لا تتوافر الا في بعض حالات المسؤولية، مما يخفف عن ألادارة عبء التعويض عن الاضرار الملقاة على عاتقها وفق هذه النظرية[٦٥٦].

وينتقد الاستاذLe Fevre نظرية المخاطر مقررا ان مبدأ المساواة امام الاعباء العامة هو اسمى من مبدأ المخاطر لأن الاول هو مبدا دستوري معروف له اصوله ومعالمه.اما الثاني فهو مبدا غريب على القانون العام ،يضاف اليه ان مدلول المخاطر في مجال مسؤولية ألادارة يعني الموازنة بين الأرباح والاعباء، والقاعدة–من وجهة نظره –ان الدولة لا تجني ارباحا ولا تسعى الا الى تحقيق المصلحة العامة فينهار بذلك احد طرفي المعادلة [٦٥٧].

كما وينتقدChapus [٦٥٨] بشدة مبدا المساواة امام الاعباء العامة كأساس للمسؤولية، فهو يرى ان المبدأ الذي نصت عليه المادة ١٣من لائحة اعلان حقوق الانسان كان الغرض منه ادانة عدم المساواة في توزيع الاعباء الضريبية والسخرات بين الافراد للمصلحة العامة ،وانه اذا اريد اعتبار مبدأ المساواة أساسا للمسؤولية فانه يلزم تغيير معناه الحقيقي كليا، فهذا المبدا لا ينبثق من المبدا المنصوص عليه في اعلان حقوق الانسان لأختلاف موضوع البحث في الحالتين اختلافا أساسيا لا مجال للربط بينهما، كما ان مؤدى الأخذ به كأساس للمسؤولية يستلزم بالضرورة تعويض كل ما يصيب الغير نتيجة لقيام المرافق العامة بمزاولة نشاطاتها للمنفعة العامة والتي تعتبر اخلالا بمبدأ المساواة امام الاعباء العامة وهذا ما لايمكن التسليم به وانه لا يحدث في الواقع العملي،اذ لا يكتفى بالاخلال بهذه المساواة لقبول فكرة التعويض عن الاضرار التي تصيب المواطنين لأن هذا الاخلال ليس الا شرطا لدفع التعويض وليس أساسا له،

مشار اليه في مؤلف د. محمود حلمي ،القضاء الاداري ،المصدر السابق،ص٢٦٦ .

[٦٥٦] Andere de laubadere, op. cit,P.712-713.No.1240-1241 .

[٦٥٧] Le Fevre ,Legalite devant les charges publiques en droit administratif, these, Paris, 1948. P.19et suiv. نقلا عن د. محمد الشافعي،المصدر السابق،ص٣٥٨.

[٦٥٨] Rene Chapus, op. cit. P.342. No.338.

والمتبع حاليا في القوانين الوضعية ان هذا الشرط لا يكتفى به لدفع التعويض وانما تشترط بشأنه شروط اخرى حتى يثبت الحق في التعويض،والقاضي لا يعبأ بمسألة خصوصية الضرر او جسامته ما لم يقترن بهذه الشروط عملا بمبدأ المساواة امام التكاليف العامة .

ويرى شابي انه في مجال المسؤولية عن فعل الغير والمسؤولية عن الاشياء لا يمكن اعتبار الاضرار التي تصيب الافراد من قبيل الاعباء العامة، مع انه توجد هناك حالات يعد فيها الضرر من قبيل الاعباء العامة والذي يكفي وقوع الضرر ليترتب عليه الحق في التعويض، ومن ذلك حالة عدم تنفيذ احكام القضاء بأستخدام القوة العسكرية لمقتضيات يبررها الصالح العام، وحالة المسؤولية عن القوانين و المسؤولية عن الاضرار التي تصيب الافراد بسبب القيام بالأشغال العامة، ففي كل هذه الحالات يرى انها لا تمثل حالات حقيقية للمسؤولية المدنية لان الضرر فيها كان متوقعا كما و ان النشاط الضار كان مشروعا،ويخلص شابي من كل هذا الى ضرورة استبعاد مبدا المساواة امام الاعباء العامة من نطاق مسؤولية ألادارة،اذا ان الفقه لم يلجا اليه الا لغرض توحيد اسس المسؤولية في القانون العام و في القانون الخاص على حد سواء ولربطهما بمبدا أساسي من مبادئ القانون العام الذي يجعل امر استقلال قواعد المسؤولية المدنية عن قواعد المسؤولية الادارية ممكننا[٦٥٩].

وذهب فقهاء اخرون الى اعتبار كل من نظرية المساواة امام الاعباء العامة ونظرية المخاطر أساسا لمسؤولية ألادارة دون خطا ،ولكن انصب الخلاف فيما بينهم على كيفية توزيع حالات المسؤولية فيما بين الأساسين، فيرى الفقيه vedel ان حالات مسؤولية ألادارة دون خطأ، كانت تقوم في الماضي على أساس نظرية المخاطر، اما الحالات الحديثة لها فتقوم على أساس نظرية المساواة امام الاعباء العامة ثم يستوضح ذلك ويقول ان هذا التقسيم ليس تقسيما جامدا، وانه يمكن قيام الحالات الحديثة للمسؤولية على أساس المخاطر[٦٦٠].

اما الاستاذ Delvolve فيرى ان أساس مسؤولية ألادارة يعتمد على موضوع المسؤولية ذاته وليس على معيار زمني ،ويقول ان المسؤولية عن القوانين والاجراءات الادارية المشروعة تقوم على أساس فكرة المساواة امام الاعباء العامة،اما الاضرار الناشئة عن المنشآت الخطرة والاسلحة النارية فتقوم المسؤولية فيها على أساس فكرة المخاطر[٦٦١].

---

[٦٥٩] Rene Chapus, op.cit.P.343.No.338.

[٦٦٠] Vedel:Droit administratif,1926.p.271et suiv.

نقلا عن د.محمد الشافعي،المصدر السابق،ص٣٥٨

[٦٦١] Delvolve(pierre):Le principe de galite devant,les charge publiques these,Paris, 1966.

راجع بهذا الصدد د.عاطف النقيب،النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الاشياء ،المصدر السابق،ص٣٩٠-د.محمد شافعي،ص٣٥٨.

كما ينتقد البعض من الفقه العراقي فكرة المخاطر لكونها مطلقة من جانب وضيقة من جانب اخر، فهي تطلق العنان لقيام المسؤولية دون تحديد ،وهذا يؤدي الى نتائج تضر بالصالح العام اذ يتسبب عنها قعود الكثيرين واحجامهم عن ممارسة النشاط الصناعي والاقتصادي تحسبا لوقوعهم في المسؤولية، كما تؤدي الى تحقق مسؤولية كل شخص يترتب عن تصرفه ضرر،وان كان تصرفه جائزاً قانوناً فتشكل بذلك قيدا على حقوق وحريات الافراد،اما كون هذه النظرية ضيقة الافق فلأنها تحصر المسؤولية بحالة الغرم بالغنم أي تحصر المسؤولية بالشخص الذي يستفيد من نشاط غيره فيتحمل الغرم عن ذلك[٦٦٢].

اما الفقيه **Josserand** فقد فرق بين المسؤولية المدنية المبنية على الخطأ وفقا للمادة ١٣٨٢مدني فرنسي،المتعلقة بالمسؤولية عن الاعمال الشخصية، حيث جعل الخطأ أساسا لها،وبين المسؤولية الناشئة عن فعل الاشياء طبقا للمواد(١٣٨٤،١٣٨٥،١٣٨٦) فأسسها على فكرة المخاطر او تحمل التبعة وحدها وهو يرى ان لكل من الخطأ وتحمل التبعة ميدانه الخاص فيعتبر كل منهما مبدءا عاما في أساس المسؤولية[٦٦٣].

ومما تقدم يمكننا القول بان مسؤولية ألادارة ترتكز على فكرتين ،فكرة الخطأ التي تعد الأساس العام لهذه المسؤولية، وفكرة المخاطر التي تعتبر أساسا مكملا واستثنائيا لمسؤولية ألادارة، اذ انه من غير الصائب تحديد أساس المسؤولية باحدى الفكرتين دون الاخرى او اعتبار ان النظريتين تتنافسان في سبيل تاسيس المسؤولية على الافضل منهما.

والملاحظ ان فكرة المخاطر كأساس تبرز بصورة رئيسية في حالات مسؤولية ألادارة عن اشياء، ومسؤوليتها عن نشاطاتها المشروعةو الخطرة،فهي تعتبر المجال الخصب لتطبيق فكرة المخاطر لذا فان حلول احدى الفكرتين محل الاخرى والاكتفاء بها لوحدها أساسا للمسؤولية يكون صعبا ان لم يكن مستحيلا، للدور الذي تقدمه كل من الفكرتين في مجال مسؤولية ألادارة ويتجلى ذلك بوضوح في الاحكام الصادرة عن جهتي القضاء العادي والاداري والتي تشير فيها صراحة او ضمنا الى هاتين الفكرتين .وفيما يتعلق بفكرة المساواة امام الاعباء العامة، فنعتقد ان هذا المبدأ الدستوري قائم وراء كل من نوعي المسؤولية الخطئية او المخاطر لان التعويض في ذاته يستهدف اعادة توازن اختل بسبب الضرر الذي اصاب الضحية لذا فان مبدا المساواة امام الاعباء العامة هو الأساس البعيد لكل حالات مسؤولية ألادارة.

---

[٦٦٢] فخري رشيد مهنا،أساس المسؤولية ومسؤولية عديم التمييز التقصيرية ،مطبعة الشعب ،بغداد،١٩٧٤،ص١٩١-ص١٩٢.

[٦٦٣] Josserand"louis"cours de droit civil prositif francias,tome2eme. 1933.N.418, 488.

-المبحث الثاني-

تطبيقات نظرية المخاطر في القانون المقارن

تناولنا في المبحث الاول من هذا الفصل تعريف نظرية المخاطر باعتبارهـا أساسـا لمسؤولية ألادارة وفيه تطرقنا الى مفهوم هذه النظريـة كـاحدى صـور المسـؤولية الموضوعية، والعوامل التي ادت الى ظهور هذه النظرية وشروطها ومن ثم موقف الفقه من هذه النظرية واتماما للفائدة بربط الناحية النظرية بالجانب التطبيقي، سنعرض موقف التشريع والقضاء في القانون المقارن ازاء هذه النظرية ونتناوله فـي ثلاثـة مطـالب، تخصص المطلب الاول للتشريع والقضاء الفرنسيين، نتطرق في المطلب الثاني للتشـويع والقضاء المصريين، اما التشريع والقضاء العراقيان فنستعرضهما في المطلـب الثـالث والاخير من هذا المبحث.

-المطلب الاول-

التشريع والقضاء الفرنسيان:-

اذا كانت قواعد المسؤولية على أساس المخاطر من صنع مجلس الدولـة الفرنسـي كما هو الحال بالنسبة للمسؤولية على أساس الخطأ، فان هذا لم يمنـع المشـرع مـن التدخل واقرار حالات تكون فيها المسؤولية مبنية على أساس المخاطر ، لذا فان فكـرة المخاطر ترجع في بعض حالاتها الى قضاء مجلس الدولة الفرنسي وفي حالات اخـرى الى نصوص تشريعية(٦٦٤).ومن المعلوم ان التقنين الفرنسي قد اقام فكرة المسـؤوليتين التقصيرية والعقدية عموما على أساس الخطأ بنوعيه الثابت والمفترض دون ان يقيـم وزنا لنظرية المخاطر(٦٦٥)، فكان امرا طبيعيا ان يستقر القضاء العادي هناك علـى ان لامسؤولية بغير خطأ، ولاسيما انه مقيد بنصوص القانوني المدني(٦٦٦) .

ومع هذا فان القضاء العادي الفرنسي قد اصدر احكاما توحي بفكرة المخاطر،من ذلك حكم محكمة(شامبري)عام١٩٠٥الذي جاء فيه ان المسؤولية التي قررتـهام/١٣٨٤/١ مدني فرنسـي ليسـت مرتبطـة بفكـرة الخطـأ وانمـا مرتبطـة بـالفكرة الماديـة للضرر...فالشخص الذي يحوز شيئا وينتفع منه يكون ملزما وفقا لمنطق الاشياء بتحمل الاعباء و الاضرار المتعلقة بهذا الانتفاع. والملاحظ على هذا الحكم انه اخذ بفكرة الغنـم بالغرم الصورة المقيدة للمسؤولية الموضوعية لأنه قصر المسؤولية عن الاشياء بحالـة الانتفاع منها .

---

(٦٦٤) د. محسن خليل ،القضاء الاداري اللبناني،المصدر السابق،ص٦١١ .

(٦٦٥) د. محسن البيه ،المصدر السابق،ص٤٧.

(٦٦٦) د. شافعي ابو راس ،المصدر السابق،ص٣٥٩

واشارت محكمة (لكتور) في حكمها الصادر عام ١٩٢٥ بصراحة الى فكرة المخاطر المستحدثة بنصه "كل من خلق حالة واقعية نشأ عنها مخاطر او اضرار يعتبر مسؤولا عن تعويض من كان ضحية هذه المخاطر والاضرار"[٦٦٧]، وقضت محكمة (ديكون) في حكم لها عام ١٩٦٤ بتعويض الاشخاص الذين يتقدمون للتبرع بالدم على أساس عنصر الضرر وحده دون الاعتداد بالخطأ[٦٦٨].

غير ان هذه الاحكام لا يمكن الاستناد اليها للقول بأن القضاء العادي الفرنسي قد اخذ بفكرة المخاطر أساسا للمسؤولية لقلتها مقارنة بالأعداد الهائلة لاحكامه المستندة فيها الى فكرة الخطأ فضلا عن ان هذه الاحكام صادرة عن محاكم بدرجة اولى اوالمحاكم الابتدائية ولم يصدر أي حكم من هذا القبيل عن محكمة النقض الفرنسية.لذا يمكننا القول بان هذه الاحكام القليلة جاءت استثناء من القاعدة العامة في المسؤولية التي تعتد بفكرة الخطأ أساسا للمسؤولية[٦٦٩] .

وقد صدرت قوانين اخرى فرعية في فرنسا اسندت فيها المسؤولية الى نظرية المخاطر، منها القانون الصادر عام١٨١٠الذي القت المادة(١٥)منه المسؤولية على ملتزم المنجم عن الاضرار الذي تصيب اصحاب الارض المجاورة بغض النظر عن وجود الخطأ او عدمه، وقانون٩ نيسان عام ١٨٩٨المتعلق بحالات اصابات عمال المصانع الحكومية اثناء العمل وقد حل محله قانون ٣٠ تشرين الاول١٩٤٦،كذلك قانون ٣٠ايلول ١٩٤٨الخاص بتعويض الموظفين الذين يصابون اثناء العمل،وقانون ١٦نيسان ١٩١٤ المتعلق بمسؤولية الدولة والبلديات عن الاضرار الناتجة عن الثورات والهياج الشعبي. وقانون ١٧ نيسان ١٩١٩ و٢٨ تشرين الاول ١٩٤٦ المتعلقان بتعويض الاضرار التي خلفتها الحربان العالميتان[٦٧٠].

وايضا القانون الصادر في٣١مايس١٩٢٤الذي اخذ بفكرة المخاطر بصورة صريحة عندما القى المسؤولية على كل من يستغل عمليات(النقل الجوي)عن الاضرار التي تصيب الاشخاص او الاشياء، وقد عدل هذا القانون باتفاقيات دولية متعددة وقوانين محلية .كما ان القانون الصادر عام١٩٦٥قد جعل مستغل المنشات النووية او السفن التي تسير بالطاقة النووية مسؤولا عما تحدثه من الاضرار دون الاعتداد بعنصر الخطأ، مع ان القانون قد وضع سقفا أعلى لمقدار التعويض[٦٧١].

اما مجلس الدولة الفرنسي فقد اقر بالمسؤولية بدون خطا اوعلى أساس المخاطر،ومما ساعده على ذلك كونه قضاءا انشائيا غير مقيد بقواعد القانون

---

(٦٦٧) انظر بصدد هذه الاحكام د. حسن الذنون ،المسؤولية المادية..،مقاله السابق ،ص٤٥ .

(٦٦٨) مشار اليه في رسالة حمزة خسرو عثمان ،المرجع السابق،ص٩٥ .

(٦٦٩) انظر في تايد هذا القول ،د. حسن علي الذنون، المسؤولية المادية..،بحثه السابق،ص٤٦ .

(٦٧٠) راجع د.سليمان الطماوي ، القضاء الاداري –قضاء التعويض...،المصدر السابق،ص٢١٣.

(٦٧١) د.حسن الذنون،المسؤولية المادية،بحثه السابق،ص٥٢.

المدني.وقد وصف قضاءه في هذا الشأن بأنه قضاء تحكمي emperique[٦٧٢]. ولان المجلس لاينفصل في احكامه عن الواقع الاجتماعي والاقتصادي والسياسي الذي يحيط به[٦٧٣].

ويمكن اجمال الحالات التي اقر فيها المجلس المسؤولية على أساس المخاطر بما يلي:-

اولا-مسؤولية ألادارة عن مخاطر المهنة .Risques Professionnels

تعتبر مخاطر المهنة او اصابات العمل ووجوب قيام ألادارة بالتعويض عنها على أساس الضرر في مقدمة أحكام المجلس بشأن المسؤولية الشيئية .وذلك قبل ان يتدخل المشرع ويصدر قانون سنة ١٨٩٨ لحماية العمال من مخاطر العمل.

وقد اقر المجلس هذا النوع من المسؤولية لأول مرة في حكمه الصادر١٨٩٥في قضية cames والتي تتلخص وقائعها في ان السيد كام العامل بترسانة تارب اصيب في يده اليسرى اثناء قيامه بطرق قطعة من الحديد بمطرقة اوتوماتيكية مما ادى الى عجزه عن العمل، فلما تقدم بطلب التعويض لم يتمكن من اثبات اى خطا في جانب ألادارة او اي عيب في تركيب الالة، ومع ذلك فقد قضي له بصحة الطلب في التعويض ، فقرر وزير الحربية الفرنسية منح هذا العامل تعويضا قدره٢٠٠٠فرنك ، ولكن السيد كام رفع دعوى امام مجلس الدولة مطالبا بمبلغ اكبر، دفعت ألادارة بعدم احقية المدعي بذلك لانه لا أساس لمسؤولية الادارة، اذ لاخطأ من جانبها، واضافت الى ان المبلغ الذي دفعته للمدعي لايتعدى عن كونه احسانا ولايستند الى أساس من القانون [٦٧٤].

وقد علق مفوض الحكومة (روميو)على ذلك بانه في ظل القواعد التقليدية للمسؤولية لا يمكن اجابة المدعي على طلبه اذ لم يثبت أي خطأ من جانب ألادارة ،ولكن الواجب يقتضي هنا استبعاد قواعد المسؤولية التقليدية وعدم الانسياق وراء مبادئ القانون المدني عملا بالمبدأ الذي اقره حكم بلانكو الذي مؤداه ان مسؤولية المرافق العامة تخضع لقواعد موضوعية مستقلة ومغايرة لقواعد القانون الخاص.ومن ثم قدم مذكرته قائلا فيها "اننا نرى انه ما لم يوجد نص تشريعي مضاد ،فان العدالة تقتضي ان تكون الدولة مسؤولة قبل العامل المصاب عن المخاطر التي خلقتها له مشاركته في تسيير المرفق العام" وقد اخذ المجلس بما جاء في مطالعة مفوض الحكومة واقر صراحة هذه المسؤولية .

يتضح لنا من هذا الحكم ان مجلس الدولة الفرنسي قد اقر مبدأ المسؤولية على أساس مخاطر المهنة قبل ان يقرها القضاء العادي في مجال المسؤولية عن الاشياء. ولأهمية هذه الفكرة وضرورتها نجد ان المشرع الفرنسي قد تبناها صراحة في قانون

---

(٦٧٢) د.عبدالحمن نورجان الايوبي،المصدر السابق،ص١٦٢.

(٦٧٣) Andre de laubere,op.cit.p.711.No.1240

(٦٧٤) راجع بهذا الصدد ،د. الشافعي،المصدر السابق،ص٣٥٩ص٣٦٠-و د. ماجد راغب الحلو،المصدر السابق،ص٥٢٠- د. محمد فؤاد مهنا ،حقوق الافراد ازاء المرافق العامة،المصدر السابق،ص٤١٥

اصابات العمل لسنة ١٨٩٨ أي بعد ثلاث سنوات من ابتداع المجلس لهذا النوع من المسؤولية.وكذلك طبق القضاء العادي الفرنسي فكرة مخاطر المهنة لأول مرة منذ حكمه الصادر في ٢٣ كانون الاول ١٩٥٦ في قضية د.جيري الذي سناتي الى بيان وقائعها لاحقا. كما وطبق المجلس هذا المبدأ ليس فقط على الموظفين وحسب وانما على الافراد الذين يتعاونون مع الموظفين مختارين او مجبرين-في خدمة المرافق العامة ايضا[٦٧٥].

ثانيا-مسؤولية ألادارة عن الفصل المشروع لموظفيها .

من المقرر ان للادارة حق تنظيم المرافق العامة ضمانا لحسن سيرها فاذا مارسته بهذا الصدد مستهدفة تحقيق الصالح العام فان عملها يكون مشروعا لايشوبه عيب. وقد تلجأ في سبيل ذلك الى الغاء بعض الوظائف مما يقتضي فصل موظفيها شاغلي هذه الوظائف،اي ان قرارات فصل الموظفين في هذه الحالة تكون مشروعة لا تنطوي على خطأ، فلا يكون للموظف المفصول في هذه الظروف مطالبة ألادارة بالتعويض على أساس الخطأ، وانما على أساس المخاطر، لأن امر فصله بصورة مفاجئة مع عدم صدور أي خطأ منه يبرر فصله يكون بمثابة ضرر استثنائي توجب العدالة تعويضه [٦٧٦] .

وقرر مجلس الدولة مسؤولية ألادارة عن الفصل المشروع للموظفين ،لان الوضع العادي للامور هو استقرار الموظف في وظيفته .ومن اوائل احكامه في هذا الصدد، حكمه الصادرفي١١كانون الاول١٩٠٣فيقضيةVillenaveالذي قضى فيها بالتعويض عن الفصل المفاجئ للموظف نتيجة الغاء الوظيفة ،وبأن هذا الحكم بمثابة مبدأ في مجال مسؤولية ألادارة على أساس المخاطر[٦٧٧].

وقد حاول بعض الفقهاء تأسيس المسؤولية في هذه الحالة على فكرة اخرى غير المخاطر، فأقترح بعضهم فكرة العقد، ولكن هذه الفكرة لا تستقيم لتبرير مسؤولية ألادارة لكون العلاقة بين الموظف وألادارة هي علاقة تنظيمية تحكمها القوانين واللوائح وليست علاقة تعاقدية.وارجع اخرون هذا الأساس الى فكرة الاثراء بلا سبب ،ولكن هذه الفكرة بعيدة ايضا من ان تشكل أساسا لمسؤولية ألادارة ،لان الكسب الذي تحققه ألادارة نتيجة فصل موظفيها لا يمكن ان تنطبق عليه احكام الاثراء بلا سبب المدنية [٦٧٨] .

---

(٦٧٥) راجع بهذا الشان حكم مج في ٥ اذار ١٩٤٢ في قضية chavat. منشور من مجموعة سيري ١٩٤٣.القسم الثالث، ص٤٠ ،ويتعلق الحكم بحالة احد الافراد اجبرته ألادارة على معاونتها في اطفاء احدى الحرائق.فاصيب بجراح دون خطا من ألادارة .فحكم المجلس بالتعويض من غير الاستناد الى نص معين .-د.سليمان الطماوي .دروس من القضاء الاداري،المصدر السابق،ص٩٥ص٩٦ .

(٦٧٦) د. ماجد راغب الحلو،المصدر السابق،ص٥٢٠ .

(٦٧٧) د. محمد الشافعي،المصدر السابق، ص٣٦١ .

(٦٧٨) راجع بهذا الشأن-الفقيه دويز.مطوله في القانون الاداري ،طبعة ١٩٦٢،ص٧٦-والفقيه روسو .دروسه التي القاها على طلبة دبلوم القانون العام في جامعة باريس ١٩٤٢-١٩٤٨،ص١٨٢-والمشار اليهما في مؤلف د. سليمان الطماوي،القضاء الاداري -قضاء التعويض ،المصدر السابق،ص٢٢٠

و نعتقد ان هذه الفكرة تنطبق فقط على علاقات القانون الخاص الـذي يـهدف كـل طرف فيها تحقيق المنفعة الشخصية، فاذا اثرى احدهم على حساب افتقار الاخر و بدون سبب يبرر الاثراء لزمه التعويض، بينما في حالة فصل ألادارة للموظف ،و ان انعدمت اسباب خاصة وأنيّة لهذا الفصل، الا ان هناك سببا عاما يجيز هذا الاجراء باستمرار و هو العمل على ضمان سير أعمال ألادارة، لذلك لا مناص و الحالة هذه تأسيس مسؤولية ألادارة على أساس فكرة المخاطر.

ـ اذا كان المجلس قد اقر التعويض عن قرارات فصل الموظفين المشروعة ، غـير انهلم يجعل هذه القرارات محلا لدعوى الالغاء طالما كان القرار سليما من كـل اوجه عدم المشروعية[٦٧٩].

و اننا نحبذ هذا الاتجاه الذي تبناه المجلس بصدد قرارات فصل الموظفين لأن اتجـاه المجلس هذا ينسجم تمام الانسجام مع مايقضي به مبدأ التضامن الاجتماعي.و بـالنظر لسلامة هذا الاتجاه فان المشرع الفرنسي اقره في نصوص تشـريعية اصدرهـا بـهذا العدد، ومنها قـانون١٢حزيران١٩٢٩الذي كـان يعـوض عـن الفصـل المشـروع للموظفين[٦٨٠]. و ايضا قانون ١٩اكتوبر للتعويض عن فصل الموظفيـن بغـير طريـق التيب[٦٨١].

ثالثا: - مسؤولية ألادارة عن الامتناع عن تنفيذ الاحكام القضائية.

القاعدة انه اذا اصدر القضاء حكما لصالح احد الافراد مذيل بالصيغة التنفيذية ،فمـن حقان يلجأ الى ألادارة لتنفيذ هذا الحكم، و ان من واجب ألادارة ان تضع كل امكاناتـها فيبيل التنفيذ، فاذا امتنعت ألادارة عن التنفيذ،او وضعت العراقيل في طريق تنفيذهـا، ارتك بذلك خطئا يستوجب مسؤوليتها.غير انه في بعض الظروف يتعذر تنفيـذ هـذه الاحم لأعتبارات اكثر اهمية تتعلق بالصالح العام و في مثل هذه الظـروف لا ترتكـب ألادا خطئا بعدم تنفيذها لها لان من شأن التنفيذ ان يهدد الامن العام فلا تكـون ألادارة مسؤ ازاء الافراد وفقا لنظرية الخطأ.

ون مجلس الدولة لم يتقيد بهذا الاصل و قرر انه اذا كان ثمة ظروف تمنع ألادارة من تن الاحكام القضائية للحيلولة دون اضطراب الظروف الامنية، الا ان ذلك لا يعفيها من الؤولية في تعويض المضرور صاحب الحكم عما يصيبه من ضرر نتيجـة عـدم التنفيذ[٦].

---

(٦٧٩) د.خليل ،القضاء الاداري اللبناني ،المصدر السابق،ص ٦١٢،و ماشار اليه من احكام بهذا الصدد.

(٦٨٠) د.خليل عثمان،اللامركزية و نظام مجالس المديريات في مصر ،دراسة مقارنة،ط٢،شـركة فـن للطباعـة،١٩٤٥، ص٥١.

(٦٨١) د.ماجب ،المصدر السابق،ص٥٢١.

(٦٨٢) انظر : د حلمي،المصدر السابق،ص٢٧٠، د محمد راغب ،ص٥٢٣

و اعلن المجلس مبدأ مسؤولية ألادارة عند عدم تنفيذ الاحكام منذ صدور حكمها في قضية كويتياسCouiteasسنة ١٩٢٣، و التي تتلخص وقائعها في ان السيد كويتياس قد استصدر حكما من مجلس الدولة بملكيته لمساحة كبيرة من الاراضي في تونس ،و لما ذهب لوضع يده على الارض فوجئ بأن قبيلة عربية قد استقرت عليها منذ فترة. فلجأ الى ألادارة لتنفيذ الحكم القضائي، فرفضت ألادارة التنفيذ لأنها قدرت ان استخدام القوة لتنفيذ هذا الحكم يؤدي الى اضطرابات عنيفة من جانب القاطنين في هذه الارض. مما يصعب معه السيطرة على الامن و النظام. فتقدم كويتياس الى مجلس الدولة مطالبا ألادارة بالتعويض عن الاضرار الناتجة عن حالة الامتناع . فقرر المجلس مسؤولية ألادارة رغم اعترافه بأنها لم ترتكب خطأ بأمتناعها عن تنفيذ الحكم القضائي في ظروف هذه الدعوى لأن عليها الامتناع عن استخدام القوة اذا ما رأت في ذلك اخلالا بالنظام كما و ان المجلس منح التعويض بالرغم من عدم وجود الخطأ على أساس العدالة المجردة التي تمنع من ان يضحى بالفرد لصالح المجموع اذا كان توزيع الاعباء العامة على الجميع ممكنا، فيكون المحكوم له صاحب الارض محقا في طلب التعويض.(٦٨٢).

من الملاحظ هنا ان مجلس الدولة الفرنسي قد اقام مسؤولية ألادارة في هذا الحكم على مبدأ المساواة امام الاعباء العامة و لم يستند الى فكرة المخاطر .

على أي حال فان المبدأ الذي اقره حكم كويتياس لم يستقر في مجال القضاء الا بعد ما يقارب خمسة عشرة سنة ، بل ان العميد هوريو -و هو من المناهضين لفكرة المخاطر-كان يريد منذ البداية قصر تطبيق هذا المبدأ على البلاد و الاقاليم الخاضعة للحماية الفرنسية و اخضاع قضاياه لقضاء الظروف الاستثنائية .لكن المجلس عمم هذا المبدأ في فرنسا و طبقه على قضايا اخرى كثيرة فيها.(٦٨٣)

يتبين مما تقدم ان مجلس الدولة يأبى ان يضحى بالفرد لصالح المجموع، و ذلك بمنحه التعويض للمضرور من تلك الحالة، و هذا بحد ذاته يعد تطورا هاما في قضاء المجلس في مجال المسؤولية فيحمد عليه. كما و ان هذا المبدأ الاداري لا مقابل له في مجال القانون الخاص لعدم امتلاك الافراد السلطة التي تتمتع بها ألادارة،ففي هذه الجزئية تختلف قواعد المسؤولية الادارية عن قواعد المسؤولية المدنية.

رابعاً :- مسؤولية الدولة عن القوانين.

كان المبدأ المستقر في السابق هو عدم مسؤولية الدولة عن اعمالها المشرعة، فلم يكن للأفراد حق مقاضاة الدولة عن الاضرار المترتبة عن القوانين، لأن المشرع يجب ان تكون له الكلمة العليا في تنظيم المجتمع وما يجره ذلك من اصدار قواعد عامة ملزمة يجب العمل بها وان ترتبت عنها اضرار لبعض الافراد، وكان الفقه يفسر هذا المبدأ في ان القوانين من اعمال السيادة، ومن خصائصها انها تلزم الجميع بضرورة

---

(٦٨٢) د.سليمان الطماوي،القضاء الاداري – قضاء التعويض...،مصدر سابق،ص٢٤١.

(٦٨٣) و من أهم هذه الاحكام حكم المجلس في قضية شركة اوراق – سان شارل سنة ١٩٣٨ –انظر في تفصيل هذه القضية مؤلف د.محمد الشافعي ابو راس ،المصدر السابق،ص ٣٦٣.

احترامها، ولا تقوم المسؤولية عنها وان لحقت بسببها اضرار بالأفراد[٦٨٤].اما القضاء فانه لم يكن يملك في تلك الفترة سلطة منح التعويض عن الاضرار التي تنتج عن التشريعات مالم يكن المشرع نفسه يجيز ذلك في نص قانوني محدد،لأن واجب القضاء تطبيق القانون واحترام ارادة المشرع بخصوص منح التعويض او منعه[٦٨٥]، وقد استقر قضاء مجلس الدولة في هذا الصدد على ان سكوت المشرع عن تقرير التعويض يعتبر قرينة على عدم مسؤولية الدولة[٦٨٦].

ومع اوائل هذا القرن بدأ مجلس الدولة الفرنسي وتبعا لتطور مسؤولية ألادارة يقور مبدأ المسؤولية عن القوانين وكان حكم Le fleurette سنة ١٩٣٨ ، باكورة احكامه في هذا الصدد، وتتلخص وقائع هذه القضية في ان شركة منتجات الالبان لا فلوريت كانت تنتج نوعا من الكريمة من مزج زيوت نباتية وصفار البيض فصدر قانون يحرم صنع هذه الكريمة الا من اللبن الخالص فاضطرت الشركة الى وقف انتاجها لما لحقها من خسائر كبيرة، فرفعت دعوى مطالبة فيها بالتعويض عن الاضرار ، فقضى المجلس بالتعويض مقررا انه " حيث ان المنع الذي اتى به القانون في سبيل مصلحة صناعة الالبان قد اضطر الشركة الى وقف انتاج كريمة (لاكراديين) والتي لم يثبت انها تمثل اي خطر على الصحة العامة، وانه مامن نص في القانون ولا في الاعمال التحضيرية تسمح بالتفكير في ان المشرع اراد ان يثقل كاهل الشركة بتحميلها عبئا لا يجب ان تتحمله عادة ، وهذا العبء نشأ في سبيل تحقيق المصلحة العامة فمن الواجب ان تتحمله الجماعة "[٦٨٧].

ومما يجدر ذكره هنا ان هذه المبادئ تحكم حالة المضرور التي لا تربطه بالدولة رابطة تعاقدية، اما عند وجود عقد ، وتأثر بالتشريع الجديد ، فتقرر مسؤولية الدولة في هذه الحالة وفقا لنظرية (فعل الأمير)[٦٨٨].

يتضح لنا مما تقدم ان مجلس الدولة الفرنسي لا يتقيد بالنصوص التشريعية عند حكمه بالتعويض وانما يلجا في ذلك الى الاعمال التحضيرية ، وما يحيط بالقضية من ظروف، كما وان مجلس الدولة الفرنسي في اقرار هذا المبدأ قد تأثر برأي العميد ديكي الذي ميز بين نوعين من التشريعات، تشريعات تحرم نشاطا او صناعة ضارة بالمجتمع حماية للنظام العام، فلا تكون الدولة مسؤولة عن الاضرار المترتبة على هذه

---

(٦٨٤) د. ماجد راغب المصدر السابق ، ص ٤٥٨.

(٦٨٥) د.عبدالرحمن نورجان ، المصدر السابق،ص١٦٣.

(٦٨٦) د.سليمان الطماوي، دروس في القضاء المصري، المصدر السابق،ص٢١.

(٦٨٧) اقتبس الحكم من مؤلف د.محمود حلمي، القضاء الأداري، المصدر السابق،ص٢٦٩.

(٦٨٨) وهو كل اجراء مشروع تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة ألاعباء المالية للمتعاقد مع الأدارة.والمستقر في قضاء المجلس أنه يعوض وفقاً لنظرية فعل الأمير تحقيقاً للتوازن المالي في العقد استناداً لنصوص العقد أو ظروفه- أنظر د.محمود خلف الجبوري، العقود الأدارية، ١٩٨٩،ص١٩٣-ايضاً د.سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الأدارية، ص٦٧٤- د.حسين عثمان، المصدر السابق،ص١٦٨.

التشريعات، في حين تقوم مسؤوليتها عن التشريعات التي تمنع نشاطا او صناعة غير ضارة بالمجتمع قياسا على مسؤولية الدولة عن نزع الملكية للمنفعة العامة(٦٨٩).

ومن جانب أخر فان هذا النوع من المسؤولية ينفرد بها النظام القانوني الفرنسي ولا مقابل له في مصر و العراق سواء في مجال القضاء او التشريع، وهذا يمثل نقصا في نظام المسؤولية في هذه الدول ومن هنا تتضح أهمية المسؤولية الادارية وفقا لقواعدها، وهذا يمثل جانبا من جوانب أختلاف قواعد المسؤولية الادارية عن قواعد المسؤولية المدنية .

خامسا – مسؤولية ألادارة عن الأشغال العامة(الانشاءات العامة) .

الاشغال العامة هي تجهيز العقارات ماديا لخدمة مرفق عام او لحساب شخص من أشخاص القانون العام لتحقيق منفعة عامة(٦٩٠). اما الانشاء العام فيعرفه بعض الفقهاء بانه كل شئ يعد بناؤه أو صيانته من قبيل الاشغال العامة ، فالمصطلحان مترابطان ببعضهما ارتباطا وثيقا، فالأشغال العامة هي عملية بناء او صيانة، والانشاء العام نتيجة ذلك البناء او الهدف من تلك الصيانة(٦٩١).

وجرى قضاء مجلس الدولة على تقرير مسؤولية ألادارة عن الاضرار التي تصيب اموال آلافراد بسبب الاشغال العامة، الا انه اشترط ان يكون الضرر محققا و استثنائيا و مستمرا وان يجاوز اضرار الجوار العادية في جسامتها.اما اذا كانت الاضرار الناجمة عن الاشغال العامة تندرج في نطاق مخاطر الجوار العادية فان مجلس الدولة لا يعوض المضرور الا على أساس الخطأ(٦٩٢).

وينبه الاستاذ Waline الى ضرورة التمييز بين المسؤولية الناشئة عن الانشاءات العامة ذاتها ويعتبرها مسؤولية عن فعل الشئ و المسؤولية الناشئة عن اخطاء الانسان كعيب في البناء او خطا في الصيانة ، فالمسؤولية الاولى تكون أساسها المخاطر، بينما يكون الخطأ أساس المسؤولية في الحالة الثانية. كما وان الاشخاص الذين تكون ألادارة مسؤولة ازاءهم وفق نظرية المخاطر عن الاضرار الناتجة عن الانشاءات العامة ، يجب الا يكونوا من المنتفعين مباشرة من الانشاء العام، والا لزمه اثبات الخطأ في جانب ألادارة، فاذا كان المصاب من المنتفعين بأحدى الطرق العامة وجب عليه اثبات عيب في الصيانة او في الانشاء العام، اذا كانت اصابته ناتجة عن سقوط احدى الاشجار التي تعتبر من ملحقات الطريق العام، أي أن مسؤولية ألادارة تقوم على أساس الخطأ.ولكن اذا ما اصيب بحادث تكهرب نتيجة لسقوط سلك التيار

---

(٦٨٩) اشير الى هذا الرأي في مؤلف د.محمد الشافعي، المصدر السابق، ص٣١٢.

(٦٩٠) د.ماجد راغب الحلو راغب الحلو، المصدر السابق، ص٥٢١.

(٦٩١) من أهم الأمثلة الاشغال الشاقة(الأنشاءات العامة)الحصون والقلاع والمستشفيات والمدارس والطرق. انظر د.ابراهيم طه الفياض، محاولة تحديد معالم الاساس القانوني... المصدر السابق، ص٤٨.

(٦٩٢) د.سليمان الطماوي، دروس في القضاء الأداري، المصدر السابق،ص٩٨.

الكهربائي وهو ليس من ملحقات الطريق العام ، فلا يكون المنتفع (المصـــاب) ملزمـــا بأثبات أي خطأ،وفي هذه الحالة تكون مسؤولية ألادارة قائمة على أساس المخاطر[٦٩٣].

وقد اقر مجلس الدولة اللبناني الاتجاه الذي تبناه مجلس الدولة الفرنسي بصدد هـــذه المسؤولية، وذلك عندما قال " وحيث ان المستأنف عليها قد تعـــرض ملكـــها للاضـــرار بسبب وجود الملك الى جانب الطريق العام مؤدياً لأنهيار حائطها، وحيث ان مســـؤولية ألادارة تقوم في هذه الحالة على أساس المخاطر وليس على أساس الخطـــأ الاداري، اذ ان الحادث لم ينشأ عن أستعمال الطريق العام بل عن الجوار "[٦٩٤].

ويلاحظ ان مسلك مجلس الدولة الفرنسي في تقرير مسؤولية ألادارة عـــن الاشـــغال العامة دون البحث عن وجود الخطأ او عدم وجوده بجانب ألادارة ، يرجـــع الـــى ميـــل المجلس ورغبته في تعويض المضرور من هذا النشاط من دون ان يمـــد رقابتـــه الـــى صميم اعمال ألادازة حتى لايضع عراقيل أمام سير نشاطات المرافـــق العامـــة، وهـــذا المسلك لمجلس الدولة ينسجم بلا شك مع قواعد العدالة ومع متطلبـــات ســـير أعمـــال ألادارة بأنتظام .

سادسا – مسؤولية ألادارة عن الاضرار الناتجة عن نشاط ألادارة الخطر .

يقصد بذلك الضرر الذي ينتج عن تعريض الافراد لخطر أستثنائي غير عادي بفعـــل السلطة الادارية[٦٩٥]. ومثلها حالة الاضرار الناشئة عن المتفجرات ومخازن الذخـــيرة، والاضرار المتولدة عن استعمال الاشياء الخطيرة – كالأسلحة المستعملة من قبل رجـــال الامن، وحوادث السيارات العائدة للأدارة، وتقوم المسؤولية في كل هذه الحـــالات علـــى أساس المخاطر.

أ – المسؤولية عن المفرقعات و المتفجرات الحربية – وفي هذا المجال أقام قضـــاء مجلس الدولة الفرنسي مسؤولية ألادارة على أساس مخاطر الجوار غير العادية، بعد ان كان يشير الى هذا الأساس فقط بالنسبة للاضرار الناتجة عن الاشـــغال العامـــة، وهـــذه الخطوة تعد تطورا جديدا في مسلك مجلس الدولـــة بشـــأن المســـؤولية علـــى أســـاس المخاطر، فليس من الضروري ان تكون الاشغال العامة السبب في اصابة الافراد بضـــرر استثنائي، وانما يكفي أن يكون نشاط ألادارة في ذاته خطرا يعرض الافراد الى مخـــاطر غير عادية[٦٩٦].

---

(٦٩٣) د.ابراهيم طه الفياض. ص٤٩-٥٠.

(٦٩٤) رقم القرار ٩٢٩في ١٤/١١/١٩٦٢.رقم الدعوى٥٣٩-٥٩المجموعة الأدارية. السنة الرابعة. ص١٤٢-مشار اليـه في مؤلف د.محسن خليل. القضاء الأداري اللبناني. المصدر السابق

(٦٩٥) أنظر د. محسن خليل. القضاء الأداري اللبناني.المصدر السابق.ص٦١٦- د.عبدالرحمن نورجـــان. المصـــدر الســـابق. ص١٦٣.

(٦٩٦) راجع د.سليمان الطماوي. القضاء الأداري- قضاء التعويض... المصدر السابق. ص٢٣١- د.محمد الشافعي. المصـــدر السابق.ص٣٦٠.

وقد اقام المجلس المسؤولية على أساس مخاطر الجوار Risque de Voisinge لأول مرة منذ حكمه الصادر سنة ١٩١٩ في قضية Regnault Desrzier ، اذ قرر فيه مسؤولية وزارة الدفاع الفرنسية عن أنفجار هائل وقع في قلعة عسكرية ضواحي باريس، وكانت تضم كميات كبيرة من القنابل و المتفجرات، فتسبب الحادث في خسائر مادية كبيرة، فرفعت عدة دعاوي للتعويض من قبل الضحايا و المتضررين ضد السلطات العسكرية، فقدم مفوض الحكومة Corneille تقريره الى مجلس الدولة مقترحا فيه قبول هذه الدعاوي على أساس أن السلطات العسكرية المختصة قد ارتكبت الخطأ في عدم تنظيمها للمرفق بشكل يضمن سلامة الافراد، ولكن المجلس لم يأخذ بهذا الاقتراح، وقضى بمسؤولية الادارة بتعويض الاضرار على أساس مخاطر الجوار[٦٩٧].

وقد تبنى المشرع الفرنسي كذلك ما اقره حكم مجلس الدولة هذا عندما أصدر قانون ٣ مايو ١٩٢١ وحدد نطاق تطبيقه بالادارات التابعة لوزارة الدفاع[٦٩٨]، واعمل المجلس هذا المبدأ أيضا في حالة الاضرار التي يسببها نزلاء بعض مؤسسات التقويم (السجن المفتوح) من السرقات و الجرائم لسكان المنازل المجاورة لهذه المؤسسة[٦٩٩].

ومن هذا يتبين أن مجلس الدولة الفرنسي حاول الأبتعاد عن الأساس التقليدي و أعتماد الأساس الحديث (مخاطر الجوار) فيما يتعلق بنشاط ألادارة الخطر ، وما يستلزمه تطبيق نظرية مخاطر الجوار من ضرورة تجاوز معوقات تثيرها هذه النظرية بهدف ايصال التعويض الى ضحايا هذه الحالات من المسؤولية بأضمن الطرق و ايسرها، ومما يبرهن على صحة الاتجاه الجديد للمجلس هو تدخل المشرع وتبنيه للمبدأ الذي تضمنه حكم (رينو ديروزي) السابق ذكره في نصوص قانونية. وبذلك فأن مسلك مجلس الدولة بصدد هذه المسؤولية اكثر أتفاقا مع مبادئ العدالة من قواعد المسؤولية المدنية.

ب - المسؤولية عن أستعمال أشياء خطرة .

يعد هذا النوع من المسؤولية التطور الهام الذي أحدثه مجلس الدولة الفرنسي، وتركز ذلك في مجال استعمال ألادارة لالات خطرة من السيارات و الاسلحة النارية، ويؤكد جانب من الفقه الفرنسي أن أساس أرتباط مفهوم الاشياء الخطرة بالمسؤولية غير المشروطة بوقوع خطأ من جانب الحارس يكمن في حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بخصوص حوادث السيارات. ومع ذلك فان كلا من مجلس الدولة و المحاكم العادية لم يعبرا عن فكرة المخاطر في مجال الاشياء بطريقة مماثلة،او باسلوب واحد، فبينما يقرر القضاء العادي " ان استعمال كل شئ خطر أو وجوده يحتم تطبيق نظام خاص للمسؤولية "[٧٠٠]. يذهب مجلس الدولة الفرنسي في مسلكه بوضع حل لكل حالة على حدة، دون الاعتداد بنظام خاص او ان يستقر على مبدأ محدد ليستند اليه في

(٦٩٧) د.محمد فؤاد مهنا، حقوق الأفراد أزاء المرافق العامة، المصدر السابق، ص٤١٦.

(٦٩٨) ماجد راغب، المصدر السابق، ص١٠٣.

(٦٩٩) المصدر السابق، ص٥٢٣.

(٧٠٠) د.محمود حلمي، القضاء الأداري، المصدر السابق، ص٢٦٨.

اصدار احكامه على ان مدلول الاشياء الخطرة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي يتحدد عن طريق وضع قائمة Liste بالاشياء التي تعد خطرة في منظور مجلس الدولة[٧٠١]، فبدأ مجلس الدولة يقرر أبتداء من عام ١٩٢٤ بمسؤولية ألادارة عن الاضرار التي تسببها السيارات العائدة لها من دون ان يلزم المصاب باثبات خطا في جانب ألادارة، وذلك لأن خطئها مفترض وقد طبق المجلس هذا المبدأ في حالة اصابة السيارات للافراد المشاة، اما في حالة تصادمها مع مركبة اخرى، فان مسؤوليتها كانت تخضع للقواعد العامة في الاثبات[٧٠٢].

وفي تطور لاحق فان المجلس قد تبنى أساسا أخر لهذه المسؤولية منذ سنة ١٩٤٦، عندمة اكد ان ألادارة لا تستطيع ان تنفي مسؤوليتها عن الاضرار الناتجة عن السيارات العائدة لها الا بأثبات القوة القاهرة او خطأ المصاب، اي انها تتحمل الضرر الناتج عن الحادث الفجائي، وبالتأكيد فان هذا من مميزات المسؤولية على أساس المخاطر[٧٠٣].

ولكن لم يستمر هذا القضاء المتطور لمجلس الدولة بسبب صدور قانون ٣١ كانون الثاني ١٩٥٧ الذي جعل اختصاص النظر بقضايا المسؤولية عن حوادث السيارات لجهة القضاء العادي.

كما وقرر المجلس مسؤولية ألادارة على أساس المخاطر في حالة قيام رجال الشرطة بأستخدام الاسلحة النارية وذلك في حكمين له صدرا عام ١٩٤٩ في قضيي Lecomtcet Daramy وتتلخص وقائع هاتين القضيتين في ان السيد لوكونت و السيدة دارامي قد أصيبا بطلقات رجال الشرطة اثناء مطاردتهم للمجرمين. وقد كان المستقر قبل صدور هذا الحكم ان ألادارة لا تسأل عن الاضرار الناجمة عن استخدام مرفق الشرطة للاسلحة النارية الا اذا كان الخطأ جسيما في جانب رجال الشرطة، ولكن باقتراح المفوض Borbet على المجلس بتطبيق نظرية المخاطر بسبب ازدياد ضحايا نشاط مرفق البوليس لما يستخدمونه من أسلحة حديثة، فضلا عن فعالية هذا المرفق، وان اشتراط ثبوت الخطأ الجسيم بجانب مرفق الشرطة امر صعب للمضرور مع وجود قواعد تقوم على فكرة المخاطر الاجتماعية تصلح للاستعانة بها للتطبيق في هذه الحالات وقد اخذ المجلس بهذا الاقتراح و اقام هذه المسؤولية على أساس المخاطر[٧٠٤].

يتبين من ذلك ان مجلس الدولة لا يتردد في الأخذ بنظرية المخاطر في كل حالة تتطلب قواعد العدالة و الضرورات الاجتماعية الاخذ بها،وهذه السرعة في التطور مع

---

(٧٠١) د.ابراهيم طه الفياض، محاولة في تحديد معالم ....،المصدر السابق،ص٥٢.

(٧٠٢) د.سليمان الطماوي، القضاء الأداري- قضاء التعويض، المصدر السابق، ص٥٣٧.

(٧٠٣) ومما يجدر ذكره أن المجلس قد اعمل القواعد العامة في الأثبات بخصوص الحوادث التي تنجم عنها اصابة الافراد الذين ينقلون مجاناً في سيارات حكومية، أي أن أساس المسؤولية في هذه الحالة يكون الخطأ واجب الأثبات تجاه الأدارة - راجع د.محمد لبيب شنب، المسؤولية عن الأشياء- المصدر السابق، ص١٦٩-١٧٠.

(٧٠٤) أنظر د.سليمان الطماوي، القضاء الأداري- قضاء التعويض..، ص٢٣٩- د.ابراهيم طه الفياض، محاولة في تحديد معالم الأساس..، المصدر السابق، ص٦٠.

الاحداث تفتقد اليها قواعد المسؤولية المدنية،بالنظر لان قواعد القانون المدني ثابتة نسبيا بينما قواعد القانون الاداري في تطور مستمر، ولهذا السبب فان القانون الاداري لايمكن تقنينه تقنينا كاملا اي ليست هناك مجموعة واحدة تضم مختلف مواضيعه ونظرياته العامة وانما توجد تشريعات متعددة تتضمن عددا من هذه المواضيع، بخلاف القانون المدني(٧٠٥).

-المطلب الثاني-

التشريع المصري و قضاؤه:-

تقوم المسؤولية في مصر في القانونين المدني و الاداري - كأصل عام - على أساس الخطأ، فبالنسبة للقانون المدني يلاحظ انه لا يعترف بالمسؤولية التي تقوم على أساس المخاطر(٧٠٦)، فلم تشر لائحة ترتيب المحاكم الوطنية لعام ١٨٨٣ الى مسؤولية المخاطر بل أقامها على أساس الخطأ فقط ، فالمادة ١٥١ من هذا القانون نصت على ان " كل فعل نشأ عنه ضرر للغير يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر، وكذلك يلزم الانسان بتعويض ضرر الغير الناشئ عن اهمال من هم تحت رعايته أو عدم الدقة والانتباه-منهم أو عدم ملاحظته اياهم".فرغم عدم ورود لفظ الخطأ في نص هذه المادة كأساس للمسؤولية،الا انه لم يكن محلا للخلاف لدى الفقه والاجتهاد المصريين في كون الخطأ أساس هذه المسؤولية وأرجعه الى المادة١٣٨٢مدني فرنسي التي اخذت عنها تلك المادة(٧٠٧).

واعتنق القانون المدني الجديد رقم١٣١لسنة١٩٤٨مبدأ المسؤولية على أساس الخطأ ايضا(٧٠٨). ويتأكد هذا من خلال ما تضمنته المذكرة الايضاحية لهذا القانون"المشروع قنع بتطبيق المسؤولية على أساس الخطأ المفروض في نطاق الاحكام الخاصة بالمسؤولية عن عمل الغير، و المسؤولية الناجمة عن الاشياء اما المسؤولية على أساس تبعة المخاطر المستحدثة فلا توجد بشأنها سوى تشريعات خاصة تناولت تنظيم مسائل بلغت من النضوج ما يؤهلها لهذا الضرب من التنظيم "(٧٠٩). واذا كانت المسؤولية على أساس المخاطر غير مقررة في مصر كقاعدة عامة ولو في نطاق ضيق، فانه توجد مع ذلك حالات استثنائية تقررت فيها مسؤولية ألادارة بدون خطأ، في نصوص تشريعية جاءت في القانون المدني، منها :-

---

(٧٠٥) راجع بهذا الصدد، د.عبدالغني بسيوني، المصدر السابق، ص٣٢-د.ماهر صالح الجبوري، المصدر السابق،ص٢٢.

(٧٠٦) د. محمد فؤاد مهنا، المسؤولية الأدارية...، المصدر السابق، ص٢٠٥-٢٠٦.

(٧٠٧) د.حسين عامر وعبدالرحيم، المصدر السابق، ص١٢٤.

(٧٠٨) يقول الدكتور السنهوري بهذا الصدد "ان التقنين الجديد لم يأخذ بنظرية تحمل التبعة" ويقول في موضوع أخر "جعل التقنين الجديد المسؤولية عن الأعمال الشخصية قائمة على خطأ واجب الأثبات، اما المسؤولية عن عمل الغير والمسؤولية الناشئة عن الأشياء فأقامها على أساس خطأ مفترض"-أنظر د. ظلال عامر المهتار، المصدر السابق،ص٢١٥.

(٧٠٩) د.محمد الشافعي، المصدر السابق، ص٣٦٥.

أ – حالة مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع المنصوص عليها في المادة ١٧٤ مدني مصري، اذ اختلفت الاراء الفقهية وتباينت احكام المحاكم حول أساس مسؤولية المتبوع عن اخطاء تابعه،وكانت فكرة تحمل التبعة احدى الأسس التي طرحت في هذا المجال(٧١٠)، ولكن لايمكننا اعتبار مسؤولية المتبوع من قبيل المسؤولية على أساس المخاطر، طالما كان وقوع الخطأ من التابع شرطا لقيام مسؤولية المتبوع من جهة، ولان التابع لايلزم بسداد التعويض الذي يدفعه المتبوع عنه بالكامل الا اذا كان الضرر نتيجة خطئه هو وحده، اما اذا أشترك خطأ كل منهما في احداث الضرر، فانهما يتضامنان في دفع التعويض، وهذا يعني ان المسؤول الحقيقي في المسؤولية التبعية هو الشخص الذي وقع منه الخطأ، من جهة أخرى(٧١١).

ب – وحالة مسؤولية عديم التمييز الوارد في م ٢/١٦٤ من القانون المدني المصري التي تنص على انه " ...ومع ذلك اذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه او تعذر الحصول على التعويض من المسؤول جاز للقاضي ان يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيا في ذلك مركز الخصوم " . فهذه المسؤولية وكما تظهر من النص أحتياطية وجوازية للقاضي في الحكم بها ، وبما ان عديم التمييز لايمكن ان ينسب اليه الخطأ لعدم توافر عنصر الادراك فيه ، لذلك فان مسؤوليته في هذه الحالة تكون قائمة على أساس المخاطر(٦١٢) ، الا ان هذه المادة لايمكنها ان تحكم مسؤولية ألادارة لان طبيعة ألادارة كشخص معنوي عام يتعارض مع فكرة التمييز التي تقتصر على الاشخاص الطبيعية فقط.

ج–المسؤولية في حالة الضرورة المنصوص عليها في المادة١٦٨مدني بقولها "من سبب ضررا للغير ليتفادى ضررا اكبر محدقا به او بغيره لايكون ملزما الا بالتعويض الذي يقدره القاضي"(٧١٣).

والملاحظ ان المشرع لايعتبر سلوك محدث الضرر في حالات الضرورة خطئا، ومع ذلك يلقي عليه المسؤولية تأسيسا على فكرة المخاطر او تحمل التبعة(٧١٤).

وتبنى المشرع المصري فكرة المخاطر كأساس للمسؤولية في قوانين خاصة صدرت بهذا الشأن منها قانون اصابات العمل رقم٦٤لسنة١٩٣٦،وقانون رقم ٨٩ لسنة١٩٥٠الذي حل محله، و الذي يقضي بحق العامل في الحصول على التعويض من رب العمل عن اصابته اثناء العمل. وكذلك قانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٨ بشأن التعويض عن امراض المهنة، ثم صدر قانون العمل المصري رقم ٢٠٢ لسنة ١٩٥٨

(٧١٠) راجع ص١٤٠-١٤٤من هذا الكتاب.

(٧١١) د.محمد فؤاد مهنا، المسؤولية الأدارية، المصدر السابق، ص٢٠٩.

(٦١٢) د.طلال عامر المهتار.المصدر السابق، ص٢٦٥-٢٦٦.

(٧١٣) د.حسن عامر وعبدالرحيم عامر، المصدر السابق، ص١٢٥.

(٧١٤) د.محمد فؤاد، المسؤولية الأدارية... المصدر السابق، ص٢١٠.

الذي الغى القوانين الثلاثة السابقة. وتولى تنظيم مسؤولية رب العمل عن اصابات العمل وعن أمراض المهنة، و المسؤولية عن التأمين الالزامي لهذه المسؤولية .

ومع انتهاج مصر النظام الاشتراكي،وما فرضه ذلك من تغيير الأسس الاقتصادية و الاجتماعية في الدولة،صدر قانون٢٩لسنة١٩٥٩وادخل نظام التأمينات الأجتماعية لأول مرة الى مصر، ثم الغي بصدور قانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ ، وغطى ثلاثة انواع من المخاطر وهي اصابات العمل، و الامراض المهنية ، والاصابات الواقعة بالعامل في طريق الذهاب والاياب من العمل[٧١٥].

ولكن هذه التطورات لم تقتصر في مجال القانون الخاص، وانما شملت أيضا مجال القانون العام، فأخذ المشرع المصري بفكرة المخاطر عندما اصدر تشريعات بشأن التعويض عن اضرار الحرب، لان الاضرار التي تصيب الافراد بسبب الحرب تعتبر ناشئة عن القوة القاهرة ، التي بدورها تنفي الخطأ وتعفي من المسؤولية، فأصدر قانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٤٢ بشأن التعويض عن التلف الذي يصيب المباني و المصانع بسبب الحرب، وقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٤ بتعويض طاقم السفن التجارية ضد أخطار الحرب. وقانون رقم ٢٨٦ لسنة ١٩٥٦ بتعويض أسرى وشهداء الحرب .

كما صدر قانون رقم١٨١لسنة١٩٥٢بخصوص فصل الموظفين بغير طريق التأديبي.و صدر أخيرا قانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٤ بشأن أعتبار اصابة المنتفعين من التأمينات الاجتماعية بسبب اعتداءات عسكرية، اصابات عمل[٧١٦].

يستخلص مما تقدم ان القانون المدني المصري لايعرف المسؤولية على أساس المخاطر في نصوصه وانما يقيم المسؤولية في كل حالاتها على أساس الخطأ الثابت او المفترض .

لكن المشرع قد شعر بقصور فكرة الخطأ عن مواجهة حالات المسؤولية المستجدة و المتزايدة، فتبنى فكرة المخاطر عند اصداره لقوانين خاصة للمسؤولية.وهذا يعني انه أخذ بفكرة المخاطر أستثناءاً الى جانب فكرة الخطأ في المسؤولية،سالكا مسلك المشرع الفرنسي السابق ذكره، و يعتقد الدكتور الطماوي ان القواعد المدنية في و ضعها الراهن وعلى اطلاقها في مصر لم تعد تصلح للادارة كما كان يعتقد في السابق، وان نظرية المخاطر-كما رسمها قضاء مجلس الدولة الفرنسي-اخف وطأة، لان المجلس لايعوض على أساسها الا اذا توافرت شروطها في نشاط ألادارة وفي الضرر الذي ينال الافراد. اما في قرائن الخطأ فلا يشترط شئ في ذلك فهو يقول انه من العسير ان نجد حالة تسأل فيها ألادارة في فرنسا على أساس المخاطر، ولايمكن مساءلتها عنها في مصر، فيما عدا حالة الاضرار الناتجة عن الاشغال العامة، اذ لم يكن بالامكان نسبة الخطأ فيها الى

[٧١٥] أنظر د.حسن الذنون، المسؤولية المادية،بحثه السابق،ص٥٢-٥٣-د.محمود حلمي، القضاء الأداري، المصدر السابق، ص٢٧٣.

[٧١٦] راجع د.سليمان الطماوي، القضاء الأداري-قضاء التعويض..،المصدر السابق، ص٣٦٤- طلال عامر، المصدر السابق، ص٢٦٦.

الادارة، وان لايكون الضرر راجعا الى آلالات ميكانيكية أستعملتها ألادارة في القيام بتلك الاشغال. أما فيما عدا هذه الحالة فان اقامة المسؤولية على أساس الخطأ المفترض في القانون المصري يكون امرا ممكنا ويمضي الى القول بأن المسؤولية في القانون المدني الجديد بالرغم من استنادها الى فكرة الخطأ المفترض، تقوم في حقيقتها على أساس المخاطر، اذ ان قرائن الخطأ التي اخذ بها هذا القانون قد خففت الوضع بالنسبة للافراد وخصوصا في مجال المسؤولية عن الاشياء التي تتطلب عناية خاصة في الحراسة، او الى حيوانات او بناء يكون تحت امرة ألادارة[٧١٧].

ومع ذلك فان هذا الرأي لايمكن تأييده على اطلاقه لأنه لايصح اعتبار المسؤولية المستندة الى فكرة الخطأ المفترض قائمة على أساس فكرة المخاطر في حقيقتها لوجود اختلافات أساسية بينهما، فالمسؤولية القائمة على أساس الخطأ المفترض تبقى دائما في نطاق المسؤولية الخطئية وانها تشترط لقيامها توافر اركانها الثلاثة من الخطأ (ولو كان مفترضا) والضرر و العلاقة السببية بينهما، في حين تقوم مسؤولية المخاطر على ركني الضرر و العلاقة السببية، ويتم دفع المسؤولية على أساس الخطأ المفترض بأثبات السبب الاجنبي-القوة القاهرة،والحادث الفجائي، وخطأ المضرور-عندما تكون قرينة الخطأ قطعية، وامكانية دفعها بأثبات العكس بالنسبة للخطأ المفترض البسيط، بينما لايمكن دفع مسؤولية المخاطر الا بأثبات القوة القاهرة بأعتبارها راجعة الى امر خارج عن نشاط ألادارة او الاشياء التي تملكها او تستعملها . اما الحادث الفجائي فلا يدفع هذه المسؤولية، لأنه حادث داخلي وان كان مجهول السبب الا ان مصدره يرجع الى نشاط ألادارة او الاشياء التي تملكها او تستعملها[٧١٨].

هكذا تتضح حقيقة الفارق بين هاتين المسؤوليتين . ومما يؤيد هذا القول ما جاء في المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري الجديد بانه ".. و يراعى من ناحية أخرى أن الشقة بين احكام المشروع وبين المسؤولية على أساس تبعة المخاطر المستحدثة لاتزال أبعد مما يفرق تلك الأحكام عن المسؤولية على أساس الخطأ المفترض، ذلك ان الاوضاع الاقتصادية في البلاد لاتقتضي تطورا يبلغ في عمقه مثل هذا المدى وقصارى ما هنالك ان المشروع قنع بتطبيق المسؤولية على أساس الخطأ المفروض في نطاق الاحكام الخاصة بالمسؤولية عن عمل الغيرو المسؤولية الناشئة عن الاشياء. اما المسؤولية على أساس تبعة المخاطر المستحدثة فلا يوجد بشأنها سوى تشريعات خاصة تناولت تنظيم مسائل بلغت من النضج ما يؤهلها لهذا الضرب من التنظيم "[٧١٩].

بهذا تتجلى حقيقة الاختلاف بين مسؤولية ألادارة على أساس الخطأ وبين مسؤوليتها على أساس المخاطر .

---

(٧١٧) المصدر السابق،ص٣٦٥..

(٧١٨) أنظر في تأيد ذلك- حكم محكمة الأدارية العليا في ١٩/٥/١٩٦٢-الطعن ٦/٢٤٧٨- عبدالمنعم حسني، المصدر السابق، ص٣٣.

(٧١٩) اشير الى هذا النص في مؤلف د.محمد فؤاد مهنا، حقوق الأفراد أزاء المرافق العامة، المصدر السابق، ص٤٢٢.

أما موقف القضاء المصري بجهتيه العادي و الاداري،فنجد انهما لم يتجـــها أتجاهـــا موحدا من هذه المسؤولية،وتفاوتت احكامهما بشأنها.فالقضاء العادي استبعد مســـؤولية المخاطر منذ مرحلة ما قبل انشاء مجلس الدولة المصري و انه لم يطرأ علــــى موقفــه فيما بعد اي تغيير يذكر[٧٢٠].

و قد حاولت بعض المحاكم العادية تطبيق نظرية المخـــاطر فـــي بعـــض الحـــالات الصارخة من المسؤولية، و لكـــن محكمـــة النقـــض كـــانت تقـــف فـــي وجـــه هـــذه المحاولات[٧٢١]، لأنها لا تملك الخروج على نصوص القانون المدني التي لا تقر فكـــرة المخاطر كأساس للمسؤولية، ومن احكام محكمة النقض في هذا الشـــأن،حكمـــها بعـــدم مسؤولية ألادارة عن تطاير الشرر من قطارات السكة الحديدية و احداثه حرائــــق فـــي الحقول و المنازل المجاورة، اذ ثبت ان مصلحة السكة الحديدية قد بذلت كـــل مـــا فـــي وسعها، و انه بالتالي لم يثبت انها ارتكبت الخطأ، و لا مسؤولية بغـــير خطـــأ او علـــى أساس المخاطر[٧٢٢] كما و طبقت المحكمة نفـــس هـــذا المبـــدأ فـــي احكـــام اخـــرى لها[٧٢٣]،فضلا عن انها قد قطعت الطريق امام مسؤولية المخاطر عندمـــا علقـــت فـــي عبارات واضحة على الحكم الذي اخذ بنظرية المخاطر بعد ان نقضته بقولها " ان الحكـــم الذي رتب مسؤولية ألادارة على نظرية المخاطر و دون تقصير منها يكون قد أنشأ نوعا من المسؤولية لم يقره المشرع المصري و لم يرده فيكون قد خالف القـــانون و يتعيـــن نقضه "[٧٢٤].

يتضح من كل ذلك ان المحاكم العادية في مصر ممثلـــة بمحكمـــة النقـــض،رفضـــت مسؤولية المخاطر ولم تقر بها و لو استثناء في مجال القانون المدني.

اما موقف القضاء الاداري من المسؤولية على أساس المخاطر، فيلاحظ انه قد مـــر بمرحلتين بهذا الخصوص،ففي مرحلة الاولى، اخذ القضاء الاداري بمسؤولية المخاطر و لكن في نطاق محدود عندما صدرت عدة احكام عن محكمة القضاء الاداري بخصـــوص تعويض الموظفين عن القرارات الادارية التي تصدر باحالتهم على التقاعد مـــن دون ان تكون مشوبة باي عيب من عيوب عدم المشروعية التي تجيز الغاءها.

ففي حكم لمحكمة القضاء الاداري المصري اشارت فيه صراحه الى فكرة المخـــاطر كأساس لتعويض المضرور، حيث قالت ان" الدولة اذا رغبت في ان تضحي بـــالموظف العمومي القابل للعزل بأحالته على المعاش قبل بلوغه السن المقررة للتقاعد اســـتعمالا

---

(٧٢٠) د.ماجد راغب الحلو، المصدر السابق،ص٥٢٧.

(٧٢١) د.محمد حلمي، القضاء الأداري، المصدر السابق، ص٢٧١.

(٧٢٢) حكم محكمة أسيوط الصادر في ١٥يناير١٩٧٤- المجموعة الرسمية ١٩٥٠، ص٦٨٩- نقلاًعن د.سليمان الطمـــاوي، القضاء الأداري-قضاء التعويض، المصدر السابق،ص٣٦٠.

(٧٢٣) هذه الأحكام كانت متعلقة بأصابات العمل – قبل أن يصدر قانون حوادث العمل عـــام١٩٣٦-والأخـــرى متعلقـــة بالأضرار الناشئة عن الأشغال العامة-أنظر د.محمد الشافعي، المصدر السابق، ص٣٦٤.

(٧٢٤) د.ماجد راغب، المصدر السابق، ص٥٢٧.

لحقها في حدود القانون،و الصالح العام فانه ينبغي عليها ان تتحمل في الوقت ذاته مخاطر هذا التصرف فتعوض الموظف المفصول تعويضا معقولا..."[٧٢٥] و في حكم اخر لها قررت بأنه"...اما اذا كان الامر متعلقا بطلب تعويض عن تلك القرارات فأنه يكفي لقبولها ان تتضح من اوراق الدعوى ان هذه القرارات قد صدرت اما بغير مسوغ و دون ان يأتي الموظف المفصول بما يستوجب ابعاده عن الوظيفة التي يشغلها او في وقت غير لائق...، و لكن قواعد العدالة توجب هي الاخرى تعويض الموظف المفصول في هذه الحالة عن الاضرار التي لحقته بسبب قرار الفصل او الاحالة الى المعاش"[٧٢٦].

فمن هذه الاحكام يظهر ان القضاء الاداري المصري قد طبق فكرة المخاطر في اوائل عهده ولكن حددها بقضايا التعويض عن قرارات فصل الموظفين بغير الطريق التأديبي، اي انه اعتبرها أساسا استثنائيا يقوم الى جانب نظرية الخطأ. و مما يؤكد هذا القول ما جاء في حكم المحكمة الادارية العليا من ان اقامة مسؤولية الحكومة على أساس تبعة المخاطر لا يمكن الاخذ به كأصل عام،اذ يتعين توافر ركنين فقط في المسؤولية هما الضرر و العلاقة السببية بين نشاط ألادارة في ذاتها و بين الضرر حتى ولو كان النشاط مشروعا ولكن نصوص القانون المدني و قانون مجلس الدولة المصري قاطعة في انها عالجت المسؤولية على أساس الخطأ،فلا يمكن بعد ذلك ترتيب المسؤولية على أساس المخاطر كاصل عام،و انما يلزم لذلك نص تشريعي خاص[٧٢٧].

اما في المرحل الثانية،فقد رفض القضاء الاداري المصري مسؤولية المخاطر،اي انه عدل عن مسلكه السابق و في ذلك قضت المحكمة الادارية العليا بأن المناط من مساءلة الحكومة عن القرارات الادارية هو قيام خطأ في جانبها بأن يكون القرار غير مشروع، فاذا كان القرار سليما مطابقا للقانون فلا تسأل عنه ألادارة مهما بلغ الضرر المترتب عليه لأنتفاء ركن الخطأ،فلا مندوحة و الحالة هذه من ان يتحمل الناس نشاط ألادارة المشروع و المطابق للقانون[٧٢٨].

---

[٧٢٥] حكم محكمةالقضاء الأداري في القضية رقم ٢١لسنة ٤القضائية مجموعة المجلس، السنة الرابعة، ص٩٠٤في حزيران ١٩٠٥–مشار اليه في د.ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص٥٢٦.

[٧٢٦] يذكر د.محمد فؤاد مهنا، ان المحكمة لم تشر في هذا الحكم ولا في الأحكام الأخرى المماثلة الى وقوع خطأ من جانب الأدارة أو وجود عيب في القرار يبرر الحكم بالتعويض، ويرى ان المحكمة قد أسست حكمها بالتعويض على مبادىء العدالة ومقتضيات المصلحة العامة وهي بهذا تكون قد أقرت مبدأ المسؤولية بدون خطأ، أنظر مؤلفه، المسؤولية الأدارية، المصدر السابق، ص٢١٣.

[٧٢٧] حكم محكمة الأدارية العليا، في ١٩٥٦/١٢/١٥،قضية رقم ١٥١٩، السنة الثانية، مجموعة عشر سنوات، ص١٢٣– نقلاً عن د. محمد فؤاد مهنا،حقوق الأفراد أزاء المرافق العامة، المصدر السابق، ص٤٢٠.

[٧٢٨] حكم محكمة الأدارية العليا في ٢١مايو ١٩٦٠– المجموعة ، السنة الخامسة، ص٩٤٦– نقلاً عن د. محمد الشافعي، المصدر السابق، ص٣٦٧.

و ذهبت المحكمة الادارية العليا الى اكثر من ذلك عندما نصت في حكمها الصادر في ١٩مايو١٩٦٢ على ان المسؤولية القائمة على أساس المخاطر نوع من التأمين و يجب ان يكون مرجعه الى القانون و من ثم لزم تدخل الشارع للنص على التعويض في هذه الحالة و بيان حدوده و قواعد تقديره[٧٢٩].

و يبدو ان المحكمة الادارية العليا قد تجاهلت اعتبارا أساسيا،و هو استبعاد القواعد المدنية من مجال المسؤولية الادارية و غيرها من مجالات القانون العام.و هذا المسلك يتطلب اعمال القواعد الادارية في مسؤولية ألادارة و من السمات الأساسية لهذه المسؤولية هي فكرة مسؤولية المخاطر[٧٣٠].

و قد اصبح هذا الاتجاه للمحكمة الادارية العليا محلا للأنتقاد، فاذا كان من الملائم الا تقوم مسؤولية الافراد و لا يلزمون بالتعويض الا عند ثبوت خطئهم، فان هذا المبدأ لا يتلاءم مع مسؤولية ألادارة ،اذا ان من الضروري تأمين الافراد امام القوة الهائلة للادارة و الموازنة بينهما[٧٣١].

و يقول الدكتور الطماوي ان حديث المحكمة الادارية العليا عن المخاطر ، هو خروج بفكرة المخاطر من مجالها الطبيعي الذي رسمه قضاء مجلس الدولة الفرنسي لها، و ان تدخل المشرع ليقرر المسؤولية على أساس المخاطر في حالة خاصة لا يستلزم استبعاد الحالات القضائية لهذا النوع من المسؤولية ، فكل ما يترتب على تدخل المشرع هو تقيد القضاء بخصوص شروط المسؤوليةو نطاق التعويض الذي يقوره ، و لكن ذلك لايمنع القضاء من الحكم بالتعويض على أساس المخاطر في حالات اخرى تتوافر فيها الشروط التي قررها القضاء الاداري للحكم بالتعويض[٧٣٢].

و يرى الدكتور ماجد راغب انه ليس هناك ما يمنع القضاء الاداري المصري من الأخذ بنظرية المخاطر، و ذلك لاعتبارات اوردها بهذا الشأن منها تقرير الاختصاص العام للمجلس بالمسائل الادارية،و ان اقرار المشرع لمسؤولية المخاطر لا يعني عدم الاعتراف بالحالات الاخرى التي يمكن ان يقررها القضاء الاداري المصري كما و ان الاخذ بالمخاطر لا يجعل منها الاصل العام لمسؤولية ألادارة ، بل يتم تطبيقها في حالات تكون اقامة المسؤولية فيها على الخطأ متنافية بشكل فاحش مع مباديء العدالة[٧٣٣].

مما تقدم يمكننا القول بان القضاء الاداري المصري على خلاف القضاء الفرنسي لا يقيم المسؤولية على أساس المخاطر الا في حالات قليلة و نادرة نسبة بالحالات التي يقيم فيها المسؤولية على أساس الخطأ و ان مخاوف هذا القضاء في الاخذ بفكرة المخاطر لا مبرر لها، لان مجلس الدولة الفرنسي قد طبق هذه الفكرة في حالات كثيرة

---

(٧٢٩) المشار اليه في مؤلف د.ماجد راغب ، المصدر السابق، ص٥٢٩.

(٧٣٠) د.سليمان الطماوي، دروس في القضاء الأداري، المصدر السابق، ص١٨٤.

(٧٣١) د.محمود حلمي، القضاء الأداري، المصدر السابق، ص٢٧٢.

(٧٣٢) د.سليمان الطماوي، القضاء الاداري –قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام، المصدر السابق، ٤٥٢.

(٧٣٣) د.ماجد راغب، المصدر السابق، ص٥٣٠-٥٣١.

دون ان تتأثر بها المصالح الادارية سلبا لذا فاننا نذهب مع الفقه المنادي بضرورة اخذ مجلس الدولة المصري بمسؤولية المخاطر الى جانب المسؤولية القائمة على فكرة الخطأ، و لا سيما انها تعد من ابرز معالم المسؤولية الادارية التي تميزت بها عن المسؤولية المدنية.

-المطلب الثالث-

التشريع و القضاء العراقيان:-

الاصل العام في القانون المدني العراقي ان المسؤولية المدنية لا تقوم الا اذا توافرت اركانها من الخطأ و الضرر و العلاقة السببية بينهما(٧٣٤) و يظهر ذلك من خلال مراجعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي النافذ اذ ان واضعي هذا القانون استبعدوا اية فكرة غير الخطأ ليقيموا عليها المسؤولية عموما بما فيها مسؤولية ألادارة متذرعين في ذلك بالتخلف الاقتصادي و التقني في العراق، و ان الأخذ بالنظريات الاخرى الحديثة لم يحن وقته بعد، حيث جاء على لسان الدكتور السنهوري بصفته رئيسا للجنة وضع مشروع القانون المدني العراقي بقوله " ..لان هذا هو أسس المسؤولية، و يمكن ان يقال بوجه عام ان تأسيس المسؤولية على العمل غير المشروع مر بثلاثة مراحل، ففي المرحلة الاولى نجد التفكير على شيء من السذاجة، فيقال ان الاتلاف اذا كان مباشرا يستوجب التعويض للعمل ذاته، دون النظر الى ركن التعدي ، ثم تعقدت الفكرة في المرحلة الثانية، اذ أشترط ركن التعدي و في المرحلة الثالثة..و هذه لاتكون الا في البلاد التي بلغت شأوا بعيدا في الصناعة.يتعقد الفكر اكبر، فيقال ان الاتلاف موجب للتعويض في ذاته، دون النظر الى التعدي و ليس معناه اننا رجعنا الى المرحلة الاولى كما يظهر ذلك لاول وهلة . اذ ان الفكرة في هذه المرحلة قائمة على مباشرة العمل المتلف اما الفكرة في المرحلة الثالثة، فقائمة على القاعدة التي تقضي بان الغرم بالغنم، و شتان ما بين الأساسين فالمطلوب الان من المشرع العراقي ان يتخطى المرحلة الاولى الى المرحلة الثانية دون ان يتجاوزها الى المرحلة الثالثة. فهي مرحلة لايزال هناك وقت طويل قبل ان نصل اليها في العراق، و في كل بلد اخر، لم تبلغ فيه الصناعة الشان الذي نراه في المانيا مثلا "(٧٣٥).

---

(٧٣٤) د.حسن علي الذنون، المسؤولية المادية، بحثه السابق، ص٥٣، ويرى أستاذنا الدكتور محمد أحمد الكزني ان مشرع القانون المدني النافذ قد أعتمد في بعض مواده المتعلقة بالمسؤولية أفكاراً أخرى غير فكرة الخطأ، ففي المادة ٢١٣فقرة ٢ أسس المسؤولية في حالة الضرورة على فكرة المخاطر أو تحمل التبعة. وفي المادة ٢١٤فقرة ٢والمتعلقة بالمسؤولية عن هدم البناء لإطفاء الحريق، اذ فسر المسؤولية في الحالة الاولى على أساس فكرة تحمل التبعة بصورتها المقيدة، وبالنسبة للحالة الثانية على أساس فكرة تحمل التبعة بصورتها المطلقة. (ملاحظة: تلقيت هذه الرأي منه مباشرة عند مناقشة الرسالة).

(٧٣٥) راجع سلمان بيات، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي، القضاء العراقي، الجزء الأول، ص٢٤١. وأنظر كذلك فخري رشيد مهنا، المصدر السابق، ص٢١٨.

و قد انتقد البعض[٧٣٦] موقف المشرع العراقي من نظرية المخاطر،بالقول بانـــه اذا كان من الصحيح ان التنظيم القانوني في بلد ما يرتبط بالتقدم الحضـــاري لذلـك البلـد ارتباطا وثيقا، فانه قد يصدر التشريع وهو يعبر عن واقع اجتماعي و حضاري معيـــن سبقه في الوجود، و بهذا لا يكون التشريع الا انعكاسا لذلك الواقـــع الموجـود. وقـد يصدر التشريع و هو لايعبر عن واقع سبقه في الوجود بل هو يسبق المرحلة الحضارية التي شرع فيها،و يهدف الى سحب الواقع الحضاري القائم الى واقع اخر سيكون بـرأي المشرع هو الافضل، و بهذا يمكن ان تسهم التشريعات في بناء التقدم الحضاري و دفعه بوقت اقصر مما لو ترك الامر الى الزمن وحده[٧٣٧].

و نعتقد ان توجه المشرع العراقي كان صائبا عندما اقام المسؤولية فـــي القـانون المدني النافذ على أساس الخطأ لأنه كان منسجما اكثر من اية فكرة اخرى مع الظـروف الاقتصادية في تلك الفترة اذ لم يعتمد الافكار السائدة في مجتمعات اخرى تسـبقنا فـي ركب التطور. الا ان الذي نأخذه عليه هو ان العراق لم يكن ابان تشريع القانون المدنـي سنة١٩٥١متخلفا الى الحد الذي يحمل المشرع الى عدم الاخذ بنظرية المخاطر و لـو في مادة واحدة من موادة المتعلقة بالمسؤولية، اذ كانت تسود العراق في تلـك الفـترة صناعات مختلفة منها صناعات الغزل و النســيج و الجلـود و النفـط و الاسـمنت و المستحضرات البتروكيمياوية و غيرها، فضلا عن شيوع استعمال وسائط النقل الالية و البخارية من السيارات و القاطرات[٧٣٨].

فالمانيا مثلا عندما تبنت فكرة المخاطر فـي خمـس مجـالات صناعيـة كأسـاس للمسؤولية فيها منذ عام ١٨٧١، فبلاشك ان الصناعة الالمانية في ذلك العصر لم تكـن قد وصلت في تطورها الى الحد الذي عليه الان كما و صدرت فيها قوانيـن التأمينـات

---

[٧٣٦] عادل احمد الطائي، المصدر السابق، ص١٤٨.

[٧٣٧] رغم وجاهة هذا القول من الناحية النظرية الأ انه لايمكن الأخذ به على اطلاق، لأن القانون يجب دائماً ان يكون متصلاً بالواقع و ليس منفصلاً عنه، وأن أتجه به عموماً نحو الأفضل. فالقول بأنه قد يصدر تشريع ليعبر عن واقـع يسـبق المرحلة الحضارية التي شرع فيها، لايصح التسليم به، لأن وجود تشريع متطور ومتماشي مع التطورات الجديدة وأن لم يكن متفقاً مع الواقع في المجتمع المعني، الأ ان التمهيد من خلاله الى الحالة المتطورة للمستقبل هي خطوة جديدة نؤيدها، ولكن يجب أن نكون أكثر واقعيين حيث لاينبغي اهمال الواقع القائم الذي نعيش فيه فيجب أن نأتي بتشريعات متفقة مع هذا الواقع والأخذ بنظـر الأعتبار ما سنحتاجه من التغير مستقبلاً. فضلاً عن أن صاحب هذا القول لم يبرهن على وجهة نظره بما من شأنه ان يدعمـها من الأمثلة التطبيقية.فالقوانين هي الأنعكاس للأفكار والمصالح الاقتصادية السائدة في المجتمع فلا تصح أن تعبر عن الأوضـاع الأقتصادية والأجتماعية التي يبلغها المجتمع. وبصدد ما قيل أن التشريعات يمكنها أن تسهم في بناء التقدم الحضـاري ودفعـه بوقت أقصر مما لو ترك الأمر الى الزمن وحده، فهو لايستقيم مع ما هو معمول به لـدى المجتمعـات، فـالتقدم الحضـاري والتكنولوجي يجري بالدرجة الأساس في مجالات العلوم الصرفة والتطبيقية، ولاشأن للقانون بها، فهو لايتعدى كونـه وسـيلة لتنظيم العلاقات الجديدة الناشئة عن تلك التطورات.

[٧٣٨] د.حسن الخطيب، المصدر السابق، ص١٤٨.

الاجتماعية في السنوات ١٨٨٣-١٨٨٤-١٨٨٩ معتمدة فكرة المخاطر في تعويض المتضررين، وكان ذلك تطورا هاما في نظام المسؤولية في تلك الفترة[٧٣٩].

مهما يكن من امر فأن المشرع قد مهد لهذه النظرية و لو بصورة غير مباشرة عندما ضمن المادة ٢٣١ والمتعلقة بالمسؤولية عن الاشياء عبارة" مع عدم الاخلال بما يرد في ذلك من احكام خاصة". فهذه المادة بالرغم من انها جعلت من فكرة الخطأ المفترض البسيط أساسا للمسؤولية عن الاشياء،الا انها تركت المجال مفتوحا لما تقوره قوانين اخرى من احكام بشأنها[٧٤٠].ومن القوانين التي صدرت بعد ذلك في هذا المجال، قانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٧١ الخاص بالتقاعد و الضمان الاجتماعي للعمال.وتضمنت المادة ٥٨ منه على انه"لايستحق العامل المصاب تعويضا ولا مكافاة في احدى الحالتين .....''ثم حدد الحالتين بالخطأ المتعمد وسوء السلوك الفاحش من جانب العامل،اي ان رب العمل او ألادارة تلزم بتعويض العامل عما يصيبه من اضرار في غير هاتين الحالتين سواء صدر الخطأ من العامل او لم يصدر،وهذا يعني ان مسؤولية رب العمل او ألادارة تكون قائمة على أساس المخاطر، وزيادة في حماية المصاب، فان هذه المادة قررت مسؤولية رب العمل وان كان الضرر راجعا الى خطأ المصاب بشرط ان لا يكون متعمدا او نتيجة لسوء سلوك فاحش منه.

وينكر جانب من الفقه العراقي[٧٤١] عن مشرع القانون المدني اخذه بفكرة المخاطر كأساس للمسؤولية عموما و مسؤولية ألادارة على وجه الخصوص وانه لم يجز الاستناد اليها لان المشرع العراقي في نظرهم قد التزم بمنهج متناسق في تقريره لقواعد المسؤولية، حيث جعل الخطأ الواجب الاثبات أساسا للمسؤولية عن الاعمال الشخصية ، والخطأ المفترض البسيط أساسا للمسؤولية عن فعل الغير وعن الجمادات. ومع ذلك فان المشرع قد تنبه الى قصور هذا الأساس في معالجة بعض اوجه النشاط العام والخاص. وبسبب ذلك فقد اصدر المشرع بعض القوانين تستند في تعويضها للمضرور على عنصر الضرر، ومنها قانون العمل رقم ١٥ لسنة ١٩٧٠ المعدل[٧٤٢]، وقانون التقاعد والضمان

---

[٧٣٩] أنظر د.عدنان العابد، د.يوسف الياس، قانون العمل، ط١، دار المعرفة، ١٩٨٠، ص١٣.

[٧٤٠] أحمد مصطفى ناصر، بحثه الموسوم، المسؤولية عن الالات الميكانيكية، مجلة العدالة، العدد الرابع، السنة الرابعة.١٩٧٨، ص٦٩٧ بالأشارة الى ص٦٩٤ -وتنص المادة ٢٣١ على انه" كل من كان تحت تصرفه الات ميكانيكية أو أشياء اخرى تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها يكون مسؤولاً عما يحدثه من ضرر ما لم يثبت أنه أتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر هذا مع عدم الاخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة".

[٧٤١] في هذا المعنى انظر: د.غازي عبدالرحمان ناجي، المسؤولية عن الأشياء، المصدر السابق، ص٨٤، محمود سعدالدين شريف، المصدر السابق، ص١٧٥ -د.ابراهيم طه الفياض، مسؤولية الأدارية...، المصدر السابق، ص٦١٧-٦٢٠.

[٧٤٢] وتم ألغاء هذا القانون بنص المادة ١٥١/اولاً من قانون العمل الجديد رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧، والذي جعل المسؤولية تضامنية بين اطراف العمل- الاسباب الموجبة لقانون العمل رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧، وزارة العدل، دار الحرية للطباعة، بغداد، ص٦٤.

الاجتماعي رقم ٣١ لسنة ١٩٧١ اذ تضمن فرعا خاصا بالتعويض عن اصابات العمل[٧٤٣]. وقد اعتبر هذا الرأى فكرة المنفعة أساسا للمسؤولية في هذه القوانين،لان ألادارة عندما تقوم بدفع التعويض للعمال ياتي مقابل ما تنتفع من خدماتهم و اعمالهم.

و الملاحظ ان فكرة المنفعة لا يمكنها تبرير المسؤولية الموضوعية للأسباب التي اوردناها في حينه، و في هذه الحالات تكون فكرة المخاطر بمفهومها الواسع هو الأساس السليم في تبرير مسؤولية ألادارة.

اما قانون اصلاح النظام القانوني رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧، فأنه تضمن نصوصا تقيم المسؤولية المدنية على فكرة الضرر، لعدم كفاية فكرة الخطأ لمواجهة الحالات المستجدة بسبب التطور الاقتصادي والصناعي في العراق و انتهاجه مذهب الاشتراكية. فقد احتوى البند اولا من القسم الثاني من الفصل الثاني على اقامة المسؤولية غير العقدية في حقل الانتاج و الخدمات الانتاجية و في حالة الضرر الناشيء عن الاشياء الخطرة بطبيعتها كالالات الميكانيكية و القوى الكهربائية و المائية على عنصر الضرر وحده و استبعاد عنصر الخطأ من اسس المسؤولية، اي على أساس تحمل التبعة.و اقامة المسؤولية عن عمل الغير على عنصر الضرر تأسيساً على فكرة الضمان.حماية للمضرورين ممن لاتكفي احكام المسؤولية غير العقدية لأصلاح الضرر اللاحق بهم عن طريق التامينات الاجتماعية تأكيدا على واجب الدولة في رعاية المواطنين و رفع المظالم عنهم[٧٤٤].و بذلك استبعد هذا القانون كليا فكرة الخطأ من مجال المسؤولية و اقامها على فكرة الضرر و اوجد نظام التأمينات الاجتماعية حيث تكفلت الدولة بمحو الاضرار اللاحقة بالافراد تأكيدا على واجبها في رعاية المواطنين و حمايتهم من اعتداءات ألادارة.

اما مشروع القانون المدني العراقي الجديد لسنة ١٩٨٤، فالمعلوم انه اقتبس احكامه من قانون اصلاح النظام القانوني، فلابد انه اعتمد نفس الأساس الذي قامت عليه المسؤولية في قانون اصلاح النظام القانوني.

و من أهم التشريعات الخاصة التي صدرت مؤخرا و اخذت بفكرة المخاطر أساسا للمسؤولية ، قانون التأمين الالزامي من حوادث السيارات رقم ٥٢ لسنة ١٩٨٠، وجاء في الاسباب الموجبة له، انه " اعتمد هذا القانون نظرية تحمل التبعة في المسؤولية كأساس لألتزام المؤمن بدفع التعويض بدلا من اعتماد المسؤولية القائمة على الخطأ المفترض البسيط و ذلك انسجاما مع ما ورد في القانون اصلاح نظام القانوني "[٧٤٥] واخذ قانون صندوق تعويض المتضررين من الحرب رقم ١١ لسنة ١٩٨١ بفكرة المخاطر أساسا للمسؤولية و قرر هذا القانون انشاء صندوق في وزارة المالية يتم تمويله بالتبرعات و المبالغ التي تخصصها الدولة، و يتم دفع التعويض من موجودات الصندوق

---

[٧٤٣] للتفصيل انظر – د.صادق مهدي السعيد، الضمان الأجتماعي وقانون الضمان الأجتماعي العراقي، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٦٨، ص١٢٢.

[٧٤٤] انظر قانون اصلاح النظام القانوني، المصدر السابق، ص٣٨.

[٧٤٥] د حسن علي الذنون، المسؤولية المادية، بحثه السابق، ص٥٥.

للمتضررين من الحرب العراقية- الايرانية دون البحث عن توافر ركن الخطأ لان الغرض من انشاء الصندوق هو تعويض الاضرار نتيجة الوفاة او الاصابة البدنية او الاضرار المادية من هذه الحرب[٧٤٦].

اما القضاء العراقي فانه ظل بصورة عامة مخلصا لنظرية الخطأ كأساس لمسؤولية ألادارة، فلم يحد عنها الى غيرها من النظريات لتأسيس مسؤولية ألادارة عليها ، لأنه مقيد بالنصوص الواردة في القانون المدني.

لكن رغم ذلك فان هذا القضاء قد طبق فكرة المخاطر في بعض احكامه بشأن مسؤولية ألادارة منها حكم محكمة التميزفي ١٩٥٧/٥/١٦حيث قضى فيه بصحة الحكم بالتعويض لمالك ارض زراعية تضررت و تلفت مزروعاتها و منشأتها و عدد من الالات الزراعية نتيجة كسر سداد نهر دجلة اضطرارا حيث كان النهر يهدد مدينة بغداد و المدن المجاورة لها الواقعة على النهر بالدمار الشامل على اثر فيضان النهر عام ١٩٥٤، وجاء في حيثيات الحكم ان اغراق الارض و تلف مافيها يعتبر عبئا تحمله مالك الارض وحده لصالح مجموع المواطنين، وعلىذلك قضت بصحة الحكم بالتعويض[٧٤٧].

و نجد في احكام اخرى لهذا المحكمة انها قضت فيها بمسؤولية ألادارة وفقا للمادة٢٣١ من القانون المدني مستندة في حكمها بالتعويض الى وجود مخاطر و في ذلك قضت بمسؤولية وزارة الصناعة و المعادن عما اصاب الغير من ضرر بسبب التيار الكهربائي وفقا للمادة٢٣١ مدني و جاء في حيثيات الحكم.. " و لما كانت الاسلاك الكهربائية و الاعمدة التي تحملها من الاشياء التي تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها نظرا لما في التيار الكهربائي المار بالاسلاك من خطر على الارواح..فتسأل وزارة الصناعة و المعادن عن تعويض المميز عليهما لما اصابهما من ضرر بسبب وفاة ولدهما الصغير نتيجة صعقة بالتيار الكهربائي.."[٧٤٨] ، كما وقضت في حكم اخر لها بمسؤولية ألادارة عن اعمال تابعيها دون النظر الى وجود او عدم وجود خطأ بجانب التابع بل اكتفى بالضرر وحده لتقرير المسؤولية وجاء في الحكم انه " ينبغي الحكم بالتعويض عن الضرر الادبي الذي سببه سائق سيارة عسكرية و بالتالي تحققت مسؤولية وزارة الدفاع عن تابعيها لما احدثه من ضرر جسماني في المدعي استنادا الى المادة١/٢١٩ مدني و الحكم ايضا بالتعويض الادبي...ولاسيما ان الاصابة تركت له عجزا"[٧٤٩]. و استخدمت محكمة التميز في حكم لها في عام١٩٧٢بخصوص المسؤولية عن الاشياء عبارة(المسؤولية المفترضة) والمعلوم ان هذه المسؤولية تمثل خطوة

---

[٧٤٦] همزة خسرو عثمان، المرجع السابق، ص٥٥.

[٧٤٧] اشير الى هذا الحكم في مؤلف د.ابراهيم طه الفياض، مسؤولية الأدارة عن اعمال موظفيها..، المصدر السابق، ص٥٨٢.

[٧٤٨] مجموعة الأحكام العدلية، العدد الرابع، ١٩٧٩، ص٢٥- انظر ايظاً حكم محكمة التميز في ٢١مايس١٩٧٢، مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثاني، ١٩٧٤، ص٦٥.

[٧٤٩] رقم القرار٢٦٨موسوعة اولى، ١٩٨٨، تأريخ القرار ١٩٨٨/٥/٣٠، مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثاني، العدد الثاني، ١٩٨٨، ص١٥.

متقدمة بالنسبة للمسؤولية الخطئية، اذ انها لا تقبل الدليل العكسي الا اذا اثبت المسؤول القوة القاهرة،و بذلك فأنها تقترب كثيرا من مسؤولية المخاطر[٧٥٠].

اما محكمة القضاء الاداري الجديد في مجلس شورى الدولة فانها و في حدود اختصاصها، تعتمد فكرة الخطأ او(عدم مشروعية القرار) أساسا لتقرير مسؤولية الادارة عنها، وهذا بحد ذاته يعد تضيقا لنطاق مسؤولية ألادارة في العراق واجحافا بحق المضرور. لذلك نأمل منها تبني فكرة المخاطر في مجال المسؤولية، سيما ان هذه الفكرة من اهم معالم القضاء الاداري كما قررها قضاء مجلس الدولة الفرنسي.

من كل ما تقدم يمكن القول ان التشريع العراقي و فيما عدا الحالات الخاصة التي اقام فيها المسؤولية على أساس المخاطر ، فانه اعتبر الخطأ أساسا عاما لمسؤولية ألادارة، اي ان المسؤولية المقامة على فكرة المخاطر وردت في هذا التشريع كأستثناء لا يجوز التوسع فيها. وفيما يتعلق بتطبيقاتها القضائية ، فالظاهر ان القضاء لم يطبق هذه النظرية في نطاق مسؤولية الادارة الا في بعض الحالات القليلة التي كانت المسؤولية الخطئية فيها تتعارض تعارضا صارخا مع مبادئ العدالة و تحديدا في مجال المسؤولية عن الاشياء،لذا فان القضاء العراقي بصورة عامة لا يأخذ بالمخاطر أساسا ثانيا و مكملا لمسؤولية ألادارة.

* * * * * * * * * * * * * * * * * * *

[٧٥٠] رقم القرار١٤/م١/١٩٧٢، تأريخ القرار ١٩٧٢/٢/١٧،ابراهيم المشاهدي، المصدر السابق، ص٢٦٧ والثابت أن المسؤولية المفترضة استخدمتها محكمة النقض الفرنسية لأول مرة بدلاً من عبارة الخطأ المفترض في حكمها الصادر في قضية جان دير في ١٩٣٠/٢/١٣-راجع بشأن هذه القضية مؤلف ليب شنب، المسؤولية عن الأشياء، المصدر السابق، ص٢٧٥،فقرة ٢٤٧.



تمهيد و تقسيم:-

ان القواعد التي تنظم مسؤولية ألادارة تتضمن كلا مـــن القواعدالشـكلية(قواعـد الاختصاص)التي تحدد الجهة القضائية المختصة بنظر دعوى مسؤولية ألادارة،والقواعد الموضوعية التي يمكن ان تطبقها الجهة القضائية المختصة على تلك القضايا.

فالقواعد التي تحدد الجهة القضائية ترتبط ارتباطا وثيقا بالأسلوب الذي تنظـــم بـــه السلطة القضائية لتأدية مهامها في الدولة .وبهذا الصدد فان دول العالم يسودها بصورة عامة نظامان قضائيان،احدهما هو (نظام القضاء الموحد)، والأخر هو (نظـــام القضـــاء المزدوج)او ما يسميه هوريو بالنظام الاداري(٧٥١).

حيث تتولى الوظيفة القضائية وفقا لنظام القضاء الموحد جهة واحدة وهـــي جهـــة القضاء العادي او المحاكم العادية على اختلاف انواعها ودرجاتـــها وعلـــى راس هـــذه الجهة تقف محكمة عليا وهي محكمة النقض او التمييز (حسب الحالة) ويكـــون لـــهذه الجهة القضائية الاختصاص العام للفصل في جميع المنازعات المدنية والادارية . ونجـــد تطبيقات هذا النظام في بريطانيا والولايات المتحدة الامريكية واستراليا ودول اسكندنافية وسويسرا والعراق قبل عام١٩٨٩ودول اخرى(٧٥٢).بينما تتولى الوظيفة القضائية في ظل نظام القضاء المزدوج جهتان قضائيتان مســـتقلتان، فتختـــص جهـــة القضـــاء الاداري بالخصومات ذات الصفة الادارية اي الخصومات التي تكون ألادارة طرفا فيها بأعتبارهـــا سلطة عامة، اما المنازعات التي تقع فيما بين الادارات العامة في الدولة فيختص بـــها هذا القضاء من باب اولى، بينما تختص جهة القضاء العادي بنظـــر كافـــة المنازعـــات الناشئة فيما بين الافراد(٧٥٣).وقد تبنت فرنسا نظام القضاء المزدوج ثم قلدتها في ذلـــك دول اخرى كثيرة(٧٥٤).

---

(٧٥١) د.فؤاد العطار،القضاء الاداري ،دار النهضة العربية،١٩٦٣،ص١٦٦- و ايضا انظر د.محسن خليل القضـــاء الاداري اللبناني، المصدر السابق ،ص ١١٦.

(٧٥٢) انظر اوستن رني،سياسة الحكم،ج٢ ، ترجمه د.حسن علي الذنون،بغداد ،١٩٦٦،ص٢١٥ و الدكتور محمد فؤاد مـــهنا، المصدر السابق،ص٣٤

(٧٥٣) د. محمد علي ال ياسين ، المصدر السابق، ص١٧١-١٧٢.

(٧٥٤) و من هذه الدول هولندا١٨٦١-رومانيا١٩٢٥-يونان١٩٢٨-تركيا١٩٣٠-بولونيا١٩٣٢-ايطاليا و نمسا١٩٣٤-مصر١٩٤٦-لبنان١٩٢٤-سوريا١٩٤٨-العراق١٩٨٩- انظر بهذا الصدد حامد مصطفى،بحثه الموسوم القضاء الاداري و نشوء مجلس الدولة،منشور في مجلة القضاء،العددان الرابع و الخامس،١٩٥٠،ص١٥ص٣٢،بالاشارة الى ص١٤.

اما القواعد الموضوعية التي تحكم مسؤولية الادارة فترتبط عادة بالقواعد التي تحدد الاختصاص القضائي، ففي دول نظام القضاء الموحد نجد محاكمها تطبق قواعد القانون الخاص على قضايا مسؤولية الادارة،وتطبق استثناء وفي حالات معينة مبادئ القانون الاداري المنسجمة مع وقائع الدعوى و بما يحقق العدالة، [٧٥٥]ولهذه الحالة تطبيقات في العراق كما سنأتي الى ذكرها لاحقا.

وهكذا نلاحظ ان قانون عام ١٩٤٦ في الولايات المتحدة الامريكية وقانون عام ١٩٤٧ في انكلترا قد اخضعا المسائل الادارية لنفس القواعد التي تخضع لها قضايا الافراد ،وذلك لوحدة الجهة القضائية التي تنظر في تلك القضايا وهي المحاكم العادية.[٧٥٦]

اما في الدول ذات النظام الاداري، فأن قواعد القانون الاداري هي التي تسود دعوى المسؤولية اذا ما كانت منظورة اما المحاكم الادارية.في حين تكون قواعد القانون الخاص واجبة التطبيق اذا ما كان الاختصاص منعقدا للمحاكم العادية مع ما يرد على ذلك من استثناء[٧٥٧].

ونظرا لان موضوع البحث الذي سنتناوله بالدراسة يتعلق بأساس وقواعد مسؤولية الادارة عن اعمالها سواء ما كانت منها مادية او قانونية، فانه يجدر بنا تحديد جهة القضاء التي تملك حق تقرير مسؤولية الادارة .

لذا سنقوم بتوزيع هذا الباب على فصلين، ندرس في اولهما الاختصاص القضائي بدعاوي مسؤولية الادارة،اما القواعد الموضوعية التي تطبقها المحكمة المختصة على قضايا المسؤولية ضد الادارة فنتناولها في الفصل الثاني.



---

[٧٥٥] د.عبدالرزاق عبدالوهاب ، المحاكم الادارية في العراق و افاق تطويرها ، بحث مشور في مجلة العلوم القانونية و السياسية –العدد خاص ،مايس١٩٤٨،ص١١٣ص١٣٣ بالاشارة الى ص١١٣.

[٧٥٦] د.طلال عامر المهتار،ا المصدر السابق ،ص٦٠–و د.محمود محمد حافظ،المصدر السابق ،ص٧.

[٧٥٧] د.سعاد الشرقاوي، القضاء الاداري ،المصدر السابق ،ص١٦– و د.سامي جمال الدين ، المصدر السابق،ص١٧١.

-الفصل الاول-

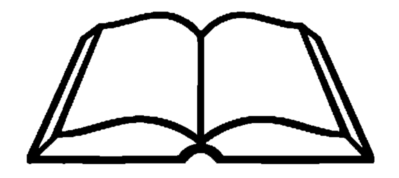
قواعد الاختصاص القضائي في مسؤولية ألادارة

(القواعد الشكلية)

تمهيد وتقسيم :

نتناول بالدراسة في هذا الفصل القواعد التي تحدد اختصاص جهتي القضاء العادي والاداري بقضايا مسؤولية ألادارة وذلك في ضوء الانظمة القانونية المقارنة لكل من فرنسا ومصر والعراق،حتى يتسنى لنا تحديد نطاق اختصاص كل منها ومن ثم مواضع القوة والضعف فيها،ليمكننا بعد ذلك انتهاج الافضل منها وتطويرها بما يتلاءم مع الوضع الراهن لنظامنا القضائي .

وبناء على ذلك سنقسم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث،نخصص المبحث الاول لبيان قواعد الاختصاص في فرنسا،ونكرس المبحث الثاني لدراسة قواعد الاختصاص في مصر، اما قواعد الاختصاص في العراق فنتعرض لها في المبحث الثالث .



-المبحث الاول-

قواعد الاختصاص في فرنسا [٧٥٨]

لقد قام الفقه بسبب قضاء مجلس الدولة الفرنسي المتسم بالتعقيد وعدم الاستقرار بصياغة معايير متعددة لتأصيل الاختصاص القضائي لنظام مسؤولية ألادارة ،وكانت هذه المعايير تتغير بأستمرار لتغيير مسلك مجلس الدولة بتقدم الزمن و بظهور عوامل جديدة في الافق.على ان الوصول الى تحديد معيار قاطع ومطلق في مجال الاختصاص بين جهتي القضاء يعد ضربا من العبث، نظرا للتقلبات المستمرة في قواعد المسؤولية عموما لدوام سير عجلة التطور ومن ثم اتساع وظائف الدولة وتطور اساليبها تبعا لها[٧٥٩].

وتقوم قواعد توزيع الاختصاص بدعاوي المسؤولية بين القضاء العادي والقضاء الاداري على أساس قاعدة عامة يطبقها القاضي على ما يعرض عليه من القضايا كل منها على حدة. فلم يحدد المشرع الفرنسي اختصاصات احدى جهتي القضاء على سبيل الحصر تاركا الاختصاصات التي لم يتضمنها التحديد للجهة القضائية الاخرى .فاصبحت جهتا القضاء العادي والاداري تحددان بنفسهما ما يدخل في نطاق اختصاصهما وتتدخل

---

[٧٥٨] ان نظام القضاء الاداري الفرنسي يتألف من اربع و عشرين محكمة ادارية تقع في مختلف المقاطعات لتنظر في الدعاوي التي تنشا عن الاتهامات و الطلبات الموجه ضد الهيئات الادارية . و على راس هذه المحاكم يوجد مجلس الدولة Counseil de Etatو الذي يتألف من كبار الموظفين المدنين الذين يعينهم عدد من الوزراء . و ينظر المجلس في الاحكام الصادرة عن هذه المحاكم كهيئة نقض (التميز).و ان ما يستقر عليه من احكام تصبح مبدأ من مبادئ القانون الاداري كما و يوجه المجلس النصح لمجلس الوزراء و الوزارات حول المسائل التي تتعلق بالسياسة الادارية و يعمل قسم المنازعات القضائية Setion du Contenicux المؤلف من ثمانين عضوا كمحكمة استئناف بالنسبة لاحكام التي تصدرها المحاكم الدنيا.
انظر اوستن رني.المصدر السابق ،ص٢١٥ص٢١٦و كذلك انظر د.احمد عبدالرحمن ود.محمد رفعت. المصدر السابق ص٢٩٨ص٣٠٠.

[٧٥٩] Andre de Laubadere, op.cit, p.392.No. 647.

محكمة تنازع الاختصاص في حالة التنازع بينهما،[٧٦٠] مقررة باحكامها الملزمة الجهة القضائية صاحبة الاختصاص [٧٦١].

وسنعرض فيما يلي اهم المعايير التي نادى بها الفقه الفرنسي لتحديد الاختصاص بقضايا المسؤولية بين جهتي القضاء كما و سنبين قواعد الاختصاص التي قررها المشرع بنصوص تشريعية وايضا تلك التي قررتها محكمة تنازع الاختصاص الفرنسية. وذلك في ست مطالب وعلى النحو الاتي:-

-المطلب الاول-

معيار الدولة المدينة والتفرقة بين اعمال السلطة واعمال ألادارة[٧٦٢]:-

يعد هذا المعيار من اوائل المعايير الفقهية التي قدمت في هذ المجال،ويرجع الى اوائل القرن التاسع عشر.وفحوى هذا المعيار هو ان الخصومات التي تؤدي بالنتيجة الى الحكم بمديونية ألادارة لا بد ان تدخل في اختصاص القضاء الاداري الذي ينفرد بحق الزام ألادارة بالتعويض.وكانت هذه الحقبة الزمنية ملازمة للفترة التي ازدهرت فيها التفرقة بين اعمال السلطة واعمال ألادارة والتي اعتمدت لا كمعيار لتوزيع الاختصاص فحسب وانما كوسيلة للحد من مبدأ مسؤولية ألادارة ضمن اختصاص القضاء الاداري وذلك عن طريق الحكم بعدم مسؤولية ألادارة عن اعمال السلطة ومسؤوليتها عن اعمال ألادارة [٧٦٣].

فألادارة تظهر تارة في صورة الجهة الامرة مستعملة اساليب السلطة العامة وما تتضمنه من اعلاء ارادتها على ارادة الافراد، فهذه الاعمال الادارية توصف بانها اعمال السلطة العامةactes d autorite.وقد تظهر ألادارة تارة اخرى في صورة عادية تتخلى

---

(٧٦٠) هناك عدة حالات للتنازع بين جهات القضاء ، كالتنازع بين القضاء العادي و القضاء الاداري و التنازع بين القضاء العادي و جهة من جهات التي ينوط اليها المشرع و ظيفة قضائية او التنازع بين احدى هذه الجهات و القضاء الاداري. لذلك يتعين التمييز بين هذا التنازع و بين نوع الاخر الذي ينشا بين محكمتين تابعتين لنفس الجهة القضائية.

و توجد ثلاثة انواع من التنازع ، الاول هو التنازع الايجابي و صورته ان تصر اكثر من محكمة على نظر نزاع واحد ، و الثاني هو التنازع السلبي و صورته ان يصدر حكمان من جهتي القضاء بعدم اختصاص كل منها بنظر ذات الموضوع و الثالث هو التعارض بين الاحكام ، و فيه يكون قد صدر حكمين متعارضين احدهما من جهة القضاء العادي و الاخر من جهة القضاء الاداري .

راجع المحامي حسن الفكهاني،موسوعه القضاء و الفقه للدول العربية ، ج٧ ،١٩٧٧،ص٥٧-و ايضا د.سامي جمال الدين ، المصدر السابق، ص٢٦١-د.فؤاد العطار ،المصدر السابق ،ص١٩٤.

(٧٦١) د.محمد رفعت و د. احمد عبدالرحمن ، المصدر السابق، ص ٢٩٩.

(٧٦٢) من أشهر القائلين بهذا المعيار الفقيه لافريارو العميد هوريو و الفقيه جورج فيدل و من مؤيده في الفقه العربي الدكتور محمد فؤاد مهنا-انظر د.عبدالغني بسيوني ،المصدر السابق ، ص٢٠.

(٧٦٣) انظر د.محسن خليل،القضاء الاداري اللبناني، المصدر السابق،ص ٢٤٧-د.محمد علي ال ياسين، المصدر السابق، ص٢٧٠.

بارادتها عما تتمتع به من سلطات و امتيازات تجاه الافراد،فتكـــون تصرفاتـــها عندئـــذ شبيهة بتصرفات الافراد العاديين وتسمى هذه الاعمال باعمال ألادارة العاديةactes de gestion[٧٦٤].

وبناء على ذلك فان قضايا المسؤولية التي يكون محلها اعمالا من النوع الاول فـــان الاختصاص فيها ينعقد لجهة القضاء الاداري. اما المسؤولية عن الاعمال مـــن النـــوع الثاني فان الاختصاص بها يكون لجهة القضاء العادي[٧٦٥].

وقد حاول انصار هذا المعيار ايجاد سند من القانون يمكن الارتكاز عليه بخصـــوص التفرقة بين اعمال السلطة العامة واعمال ألادارة العادية ، فاستندوا في ذلك الـــى مبـــدأ السيادة، وقرروا تبعا لذلك ان للادارة وجهين متعارضين بظهور احدهما يختفي الاخـــر، ففي احد هذين الوجهين تعلو ألادارة على الافراد في شكل سلطة عامة، وسبب علوهـــا يرجع الى انها تتمتع هنا بالسيادة. اما في الوجه الاخر فان ألادارة تكون فيه على قـــدم المساواة مع الافراد لانها تتخلى بارادتها عن السيادة المقررة لها[٧٦٦] .

وقد اكد مجلس الدولة الفرنسي هذا المعيار في حكمه الصادر في ١٣ كانون الثـــاني ١٨٠٩ في قضيةLe preux والتي قرر فيها المجلس عدم مسؤولية ألادارة عن اخطاء مرفق الشرطة على اعتبار ان اعمال هذا المرفق من قبيل اعمال السلطة العامة [٧٦٧].

غير ان هذا المعيار لم يسلم من النقد ،لصعوبة التمييز بين ما يسمى باعمال السلطة وبين اعمال ألادارة المدنية لان كلا منها تتداخل مع الاخرى بحيث يصعب وضع معيـــار قاطع لتحديد طبيعة هذين النوعين من الاعمال . لذا ذهب الفقه الـــى ان هـــذا المعيـــار يرتكز على أساس مبهم وغير واضح المعالم .

كما وان هذه التفرقة لا تراعى في كثير من اعمال ألادارة لان هناك اعمـــالا اداريـــة مختلطة واعمالا ادارية مماثلة لأعمال الافراد فلا يبقى بعد ذلـــك مجـــال لتطبيـــق هـــذا المعيار.

ومن جانب اخر دل استقرار ألادارة على مبدأ المشروعية،وما يتضمنه ذلـــك مـــن خضوع ألادارة عند ممارسة نشاطاتها لمجموعة القواعد القانونية المقررة في القـــانون الاداري، على عدم صحة الأساس الذي استند اليه بعض الفقهاء لتبرير اعمال الســـلطة العامة وهو مبدأ السيادة المطلقة الذي يتنافى ومبدأ مسؤولية ألادارة[٧٦٨].

---

[٧٦٤] د عبدالرحمن نورجان . المصدر السابق، ص١٠٢ .

[٧٦٥] د.ماجد راغب الحلو. المصدر السابق.ص١٦٨ .

[٧٦٦] د.محسن خليل . القضاء الاداري اللبناني.المصدر السابق. ص ٢٤٨ .

[٧٦٧] د عبدالغني بسيوني.المصدر السابق.ص ٢٠ .

[٧٦٨] انظر د.طعيمة الجرف. مبادئ القانون الاداري.١٩٧٨.ص١٥٤-د.محسن خليل ، ص٢٤٨ .

كما وان الأخذ بهذا المعيار يؤدي الى خلق شخصيتين مختلفتين للدولة (ألادارة) احداهما كونها سلطة عامة والأخرى باعتبارها شخصا عاديا[٧٦٩]. و بسبب كل ما تقدم اتجه المجلس نحو العدول عن التفرقة بين اعمال السلطة واعمال ألادارة وتقرير مسؤولية ألادارة عن كافة اعمالها غير المشروعة بمقتضى حكمه الصادر في قضيةZimmerman عام ١٩٠٣ [٧٧٠]، وكان حكمه في قضيةTomaso Greco في شباط ١٩٠٥ حكما حاسما عدل فيه المجلس نهائيا عن هذه التفرقة[٧٧١].

وبعد ذلك تم تطوير هذ المعيار وعرضه في صورة مغايرة بأسم (معيار السلطة العامة في صورته الجديدة) وتحدد ذلك في مجال استخدام ألادارة الاساليب الخاصة المتميزة عن تلك التي يلجا اليها الافراد في نطاق القانون الخاص[٧٧٢].

-المطلب الثاني-

معيار المرفق العام:-

عدل الفقة الفرنسي عن مسلكه القديم ،واعتنق معيارا اخرا لتحديد الاختصاص بقضايا المسؤولية. والمعيار الجديد هو معيار المرفق العام [٧٧٣]،وفحواه ان كل نشاط تقوم به ألادارة ايا كان نوعه أوشكله وكان متصلا بتنظيم مرفق عام وتسييره فان المنازعة تكون ادارية وينعقد الاختصاص فيها للقضاء الاداري. وهذه المنازعة تحكمها قواعد القانون الاداري الخاصة بالمسؤولية الادارية ،اذ ان القانون الاداري طبقا لأنصار هذا المعيار هو قانون المرافق العامة.

ولقد كان حكم بلانكو الصادر عن محكمة التنازع الفرنسية في٨شباط١٨٧٣هو اول الاحكام ذات المبادئ الذي ربط بين قواعد الاختصاص وبين المرفق العام -اذ قرر

---

[٧٦٩] د.ماهر صالح ، المصدر السابق.ص٣١.

[٧٧٠] تتلخص و قائع هذه القضية في ان بعض موظفي الطرق قد استخرجوا المواد اللازمة للبناء من ارض مملوكة لاسرة زيمرمان . و حماية لهؤلاء الموظفين اصدر مدير المقاطعة امرا حدد فيه الاموال العامة في المنطقة و منها هذه الارض .و رغم ان عملية الاستيلاء تعد من احدى امتيازات سلطة الادارة الا انها اعتبرت عملا غير مشروعا ترتبت مسؤولية ألادارة عنها-انظر د.-ماجد راغب ،المصدر السابق.ص٤٧٩.

[٧٧١] انظر في تفصيل هذه الحكم مؤلف د.محمد الشافعي ،المصدر السابق.ص ١٥٠

[٧٧٢] للتفصيل انظر د.محمد علي ،المصدر السابق.ص٢٧٢.

[٧٧٣] في مفهوم الفقه و القضاء للمرفق العام معنيان: المعنى الوظيفي (المادي) و هو كل نشاط تقوم به هيئة عامة بقصد اشباع حاجة عامة. اما المعنى العضوي (الشكلي)للمرفق العام فهو مجموع العاملين و الوسائل التي تستخدمها الهيئة العامة في سبيل اداء الواجبات المنوط بها و مفهوم المرفق العام يتغير باستمرار تبعا لتطور وظائف الدولة و تغير الفلسفة العامة السائدة فيها. انظر د. شاب توما منصور . القانون الاداري الكتاب الاول،ط١. مطبعة دار العراق. ١٩٨٠.ص١٩٥-د.رياض عيسى. المصدر السابق.ص٦١-د.عبدالرحمن نورجان .المصدر السابق.ص١٠٣-د.احمد حافظ .المصدر السابق.ص٣٩.

اختصاص القضاء الاداري بالنظر في دعاوي التعويض عن الاضرار التي تلحق بالافراد بفعل الاشخاص الذين يستخدمهم المرفق العام او بسبب الاشياء المملوكة للمرفق العام على اعتبار ان هذه القضايا تستوجب تطبيق قواعد قانونية مختلفة ومتميزة عن قواعد المسؤولية المدنية [٧٧٤].

وظل معيار المرفق العام سائدا في فرنسا وساد الاعتقاد بانه يمكن تفسير كل ما يتعلق بالقانون الاداري عن طريق هذا المعيار وتوسع الفقهاء في مفهوم هذا المعيار بحيث مد سلطانه على الكثير من المنازعات غير الادارية .واستمر ذلك حتى فترة الحرب العالمية الاولى اذ احرزت الحياة السياسية والاجتماعية والاقتصادية تطورا كبيرا انعكس اثاره على نشاط ألادارة والافراد العادين على حد سواء مما تسبب في تغير الصورة التقليدية للمرافق العامة ، فظهرت الى الوجود مرافق عامة اقتصادية(صناعية وتجارية) ومرافق اجتماعية وتميزت تلك المرافق بان معظم نشاطها يسير وفقا لقواعد القانون الخاص وما يستتبعه من الخضوع للقضاء العادي [٧٧٥]. ومن جانب اخر فقد اتسع النشاط الخاص وسمحت ألادارة للافراد ان يتولوا الكثير من المشروعات ذات النفع العام كالمؤسسات الخيرية الخاصة في ميادين الصحة العامة واستغلال الافراد للمناجم ومساقط المياه وخضوع هذه المشروعات لأحكام التي تخضع لها المرافق العامة الادارية الاخرى. كل ذلك ادى الى كثرة في الاستثناءات الواردة على هذا المعيار، وبالتالي اصبح مضمون هذا المعيار اوسع من المعنى الذي قصده القضاء مما صعب تحديد معالم المرافق العامة وصعب ايضا تحديد اختصاص القضاء الاداري فتعرض معيار المرفق العام لأزمة سميت بازمة المرافق العامة، فلم يبق بد لاعادة النظر في قيمة فكرة المرفق العام كمعيار لتحديد اختصاص القضاء الاداري بقضايا المسؤولية في فرنسا[٧٧٦]، خصوصا بعد ان اخرجت محكمة تنازع الاختصاص الفرنسية كافة المنازعات المتعلقة بالمرافق الصناعية والتجارية من اختصاص القضاء الاداري بعد صدور حكمها سنة ١٩٢١ في قضية معدية الوكا[٧٧٧]، كما واخرجت المنازعات المتعلقة بالمرافق الادارية المدارة باسلوب القانون الخاص من اختصاص القضاء الاداري بصدور حكمها سنة ١٩٥٥ في قضية نالياتو[٧٧٨].

كل ذلك حمل الاستاذ فالين الى مهاجمة هذا المعيار بعد ان كان من أشد المتحمسين له، وانتقده على وجه الخصوص كونه معيارا اوسع من اللازم في بعض الاحيان، كما انه اضيق من اللازم في احيان اخرى، وانتهى الى القول بانه معيار لفظي لا مضمون له ويستخدم الاصطلاح للتعبير عن معان متناقضة ومتعارضة.

---

(٧٧٤) Andre de laubadere, op . cit, p. 12-13 No.3.

(٧٧٥) انظر د.ماجد راغب، المصدر السابق،ص١٦٨-د.محمود حلمي،القضاء الاداري ،المصدر السابق،ص٢١٧-د.ثروت بدوي، المصدر السابق،ص١٧٢.

(٧٧٦) Andre de laubadere, op . cit, p. 13 No.3.

(٧٧٧) انظر بشأن هذا الحكم د.ماجد راغب ،المصدر السابق،ص١٧٠.

(٧٧٨) انظر بهذا الصدد د.محمود حلمي ، القضاء الاداري ،المصدر السابق،ص٢١٧.

لكن رغم الانتقادات الموجهة لمعيار المرفق العام فأن فريقا اخـــر مـــن الفقـــهاء يتزعمهم الفقيه دي لوبادير، يرون ان هذا المعيار لم يندثر ولم ينته وانه كان متفقا فـــي بداية ظهوره مع الظروف السياسية والاجتماعية السائدة في المجتمع، فلما تطورت تلـك الظروف بدا هذا المعيارغير ملائم لمواجهة الحالات الجديـــدة التـــي ســـادت المجتمـــع الفرنسي[٧٧٩].

ومهما يكن من امر فقد ظهرت الحاجة الى ادخال تعديل على معيار المرفق العام بمـا يحدد او يضيق من نطاقه وبما يتلائم مع تطور الظروف والاحوال الجديدة وكـــان حكـــم تيريه فاتحة هذا الطريق، اذ قرر القضاء الاداري في هذا الحكم انه رغـــم ان القـــاعدة العامة تجعل الاختصاص للقضاء الاداري عندما تتعلق المنازعة بالمرفق العام،غـــير ان ذلك يجب ان يكون مرهونا بشرطين اولهما عدم وجود نص خاص يجعل الاختصاص في النزاع للقضاء العادي، وثانيهما ان تكون ألادارة قد انتهجت اساليب السلطة العامة فـــي تسيير وتنظيم اعمال المرفق العام [٧٨٠]. فيمكننا القول ان معيار المرفـــق العـــام علـــى الرغم من التطورات التي جرت عليه لايمكن قبوله كمعيار سليم في تحديد الاختصـــاص بقضايا المسؤولية بين جهتي القضاء لعدم قدرته على مواجهة الحالات المســـتجدة فـــي المجتمع وان دوره لا يتعدى مجرد قرينة، لذا حاول الفقه الفرنسي اقامة معيـــار جديـــد على انقاض هذا المعيار يكون قادرا على تحديد الاختصاص بقضايـــا المســـؤولية بيـــن جهتي القضاء العادي والاداري .

-المطلب الثالث-

معيار اولوية القانون الواجب التطبيق:-

وبموجب هذا المعيار فان طبيعة القواعد القانونية التي تطبق على موضوع الـــنزاع هي التي تحدد جهة القضاء المختص،فاذا كان القانون الواجب التطبيق على النزاع هـــو القانون المدني فان الاختصاص هو للقضاء العادي اما اذا وجـــد القـــاضي ان الـــنزاع يستدعي تطبيق قواعد قانونية مغايرة ومتميزة عن القانون المدنـــي فـــان الاختصـــاص سينعقد للقضاء الاداري.اي ان قواعد الاختصاص تتبع القواعد الموضوعية [٧٨١].

والميزة الرئيسية لهذا المعيار انه يقدم لازدواج القضاء التبرير العملي القائم علـــى أساس تخصص جهتي القضاء بتطبيق نوع معين من القواعد يختلف عن النوع الاخـــر وفقـــا لمبدا تقسيم العمل .

واعمالا لهذا المعيار فان دعاوي المسؤولية الناتجة عن تنفيـذ القـــرارات الاداريـــة (الفردية او اللائحية) تكون من اختصاص القضاء الاداري عندمـــا تكـــون ألادارة هـــي مصدرة القرار لان ذلك من احدى امتيازات السلطة العامة المقـــررة لـــها قانونـــا، امـــا

---

(٧٧٩) د.محمد الشافعي ،المصدر السابق،ص١٥٤-و ايضا د.ثروت بدوي، المصدر السابق ،ص١٧٤.

(٧٨٠) د.محسن خليل ، القضاء الاداري اللبناني،المصدر السابق،ص٢٥١-٢٥٢.

(٧٨١) د.ماجد راغب الحلو،المصدر السابق،ص١٧١- و انظر كذلك د.انور احمد، المصدر السابق،ص ٧٦.

المنازعات المتعلقة بالنشاط المادي للادارة فهي على عكس الاعمال القانونية لا يحمل مضمونها ما ينبئ بجهة الاختصاص، فالوسيلة لمعرفة ذلك تكون في فحص النظام القانوني الذي تنتمي اليه هذه الاعمال وما اذا كان الضرر قد نتج عن نشاط مرفق علم استخدم اساليب السلطة العامة، فالأختصاص يكون لجهة القضاء الاداري.اما في حالة استخدام المرفق اساليب القانون الخاص فالاختصاص ينعقد لجهة القضاء العادي [٧٨٢].

وفي حالة المنازعات الناشئة عن فعل الاشياء التي تستخدمها ألادارة فيرجع تحديد الاختصاص بها الى طبيعة المرفق المسؤول عنها وكون هذه الاشياء داخلة في ملكية الدومين العام او الخاص[٧٨٣]، ويعاب على هذا المعيار كونه مخالفا للنصوص الوضعية التي لا تقيم صلة بين الاختصاص وبين القانون الواجب التطبيق، كما وصف بأنه غير منطقي، فليس من المعقول ان يبحث القاضي في موضوع المنازعة والقواعد واجبة التطبيق عليها قبل ان يقرر صراحة او ضمنا اختصاصه بالنزاع ،ومن ناحية اخرى لايمكن ان يكون القانون واجب التطبيق احد العوامل التي تدخل في الاعتبار لدى القاضي عند تحديد الاختصاص، لأن القانون واجب التطبيق هو النتيجة التي يصل اليها القاضي بعد فحص موضوع النزاع، فهو نقطة النهاية ولا يعتبر ابدا نقطة البداية في تفكير القاضي ويضاف الى ذلك كله انعدام وجود حدود فاصلة بين ما يعتبر قانونا عاما وما يعتبر قانونا خاصا ثم انه قد ينعقد الاختصاص بنظر المنازعة لمحكمة ما، فتطبق عليها قانونا معينا قد لايكون هو القانون الذي يسود تلك المحكمة،اذ قد ينعقد الاختصاص للقضاء الاداري ثم يرى هذا القضاء ان مقتضيات العدالة وطبيعة النزاع تستوجبان تطبيق قواعد القانون المدني.

لذا يجب عدم الربط بين القواعد واجبة التطبيق على النزاع والقضاء صاحب الاختصاص[٧٨٤]. وقد حاول البعض من الفقهاء الرد على هذه الانتقادات اذ يقول الاستاذ ايزنمان بخصوص الحجة التي تعتمد المنطق في كون ان القاضي لا يطبق بشأن النزاع قانونا ما اذا لم يكن قد قرر اختصاصه بالنزاع ، فهذه الحجة بنظره لاشأن لها بالخطوات الذهنية التي ينتهجها القاضي في تحديد الاختصاص ، وانها تخلط بين القانون واجب التطبيق على النزاع وبين قرار القاضي القابل للتطبيق ، اضافة الى ان هذه الحجة تفقد اهميتها عندما يكون القاضي هو محكمة التنازع وليس محكمة الموضوع[٧٨٥].

وترد د. سعاد الشرقاوي على هذه الحجة قائلة بفكرة الاحتمالProbabiliteوهي ان القاضي حين يحكم بان النزاع من اختصاص القضاء الاداري يكفي ان يكون هناك احتمال تطبيق قواعد موضوعية مختلفة عن قواعد القانون المدني،ويلعب المرفق العام دورا في فكرة الاحتمال هذه، فالمرفق العام الذي يدار باساليب القانون العام يعد بالنسبة

---

[٧٨٢] انظر د.سعاد الشرقاوي.القضاء الاداري.المصدر السابق.ص٢١٩-٢٢٠-د.عبدالغني بسيوني.المصدر السابق، ص٢٢.

[٧٨٣] د.ماجد راغب الحلو.ص١٧٢.

[٧٨٤] انظر بهذا الشان د.محمد الشافعي.المصدر السابق.ص١٥٦.-د.محمود حلمي .القضاء الاداري . المصدر السابق. ص٢١٨

[٧٨٥] نقلا عن د.سعاد الشرقاوي.القضاء الاداري .المصدر السابق.ص ٣٨.

للعمل المتصل به قرينة قاطعة لاحتمال تطبيق قواعد القانون الاداري ومن ثـــم يكــون الاختصاص منعقدا لجهة القضاء الاداري في حين ان انعدام هذا الاحتمال في الاعمـــال المتصلة بالمرافق العامة الاقصادية والاجتماعية (التي تدار بأساليب القــانون الخــاص) يجعل الاختصاص بالمنازعات المتعلقة بهذه المرافق مـــن اختصـــاص جهـــة القضـــاء العادي[786].

و فيما يتعلق بالحجة التي تعتمد تفكير القاضي ،يرى الاستاذ ايزنمان انـــها معيبـــة ايضا لانها استباحت جعل القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق علـــى النـــزاع نقطـــة النهاية في تفكير القاضي وليست نقطة البداية. ثم يتساءل قائلا "الا توجد من وجهة نظر اصحاب هذه الحجة منطقة مرور بين نقطة البداية ونقطة النهاية تلك"[787] ؟!.

لكننا نرى ان الانتقادات الموجهة لهذا المعيار تكفي بحد ذاتها لعدم اعتماده في تحديد الاختصاص بقضايا المسؤولية بين جهتي القضاء، وان الردود التي قدمها البعض لـــم ترق الى مستوى دحض تلك الانتقادات او ان تقلل من شأنها او ان تكفي لسد الثغـــرات التى اكتنفت هذا المعيار لذا فنحن مع المنكرين لهذا المعيار والقائلين بانه معيـــار غـــير سليم ومخالف للمنطق القانوني فلا بد من هجره وايجاد معيار اخر ليحل محله .

-المطلب الرابع-

معيار الشخص المعنوي العام:-

يعد هذا المعيار من اقدم المعايير الذي قدمه الفقه الفرنسي ، اذ يعود أساســـه الـــى قانون ١٦ اب سنة ١٧٩٠ الذي كان يمنع السلطة القضائية من التدخل في اعمـــال ألادارة. ومضمون هذا المعيار هو ان النزاع يكون اداريا ويخضع لاختصاص القضاء الاداري اذا ما كانت ألادارة او احد الاشخاص المعنوية العامـــة الاخـــرى طرفـــا فـــي المنازعـــة . والواضح ان هذا المعيار هو معيار شكلي محض اذا انه يعتمد على وجود او عدم وجود الشخص المعنوي العام كطرف في النزاع دون البحث عن عوامل اخرى فيه[788].

ورغم البساطة الظاهرة لهذا المعيار الا انه يتضمن صعوبة في كيفية تحديد طبيعـــة الشخص الطرف في النزاع فاذا كان من السهل معرفة وتحديد بعض الادارات التقليديـــة في الدولة باعتبار انها اشخاص معنوية عامة ،الا انه يصعب في اكثر الاحوال معرفـــة بعض الاشخاص الاخرى وكونها من اشخاص القانون العام،حتى يمكن بالتالي تحديـد اي من جهتي القضاء يكون لها اختصاص النظر في النـــزاع[789].

---

(٧٨٦) د.سعاد الشرقاوي، القضاء الاداري، المصدر السابق. ص٣٩

(٧٨٧) راجع د.محمد الشافعي ،المصدر السابق ،ص ١٥٦ .-د.سعاد الشرقاوي.ص٤٠ .

(٧٨٨) انظر في هذا الشان د.محمد كامل ليلة، الرقابة القضائية على اعمال ألادارة ،١٩٦٧.ص ٢٢٥-ص٢٢٦

(٧٨٩) راجع د.سليمان الطماوي، القضاء الاداري .- الكتاب الاول -قضاء الالغاء ،المصدر السابق.ص٦٨

ولا يخفى ان هذا المعيار يوسع كثيرا من اختصاص القضاء الاداري حيث يدخل فيه الى جانب الاشخاص الادارية الاقليمية من المحافظات والمدن والاقضية .. اشخاص ادارية مرفقية اخرى كالمنشآت والهيئات والمؤسسات العامة،اضافة الى الاجهزة التنفيذية في الدولة فيختص القضاء الاداري بالمنازعات التي تكون هذه الاشخاص طرفا فيها[790].

والى جانب الاشخاص العامة هذه هناك اشخاص قانونية اخرى رسمية او شبه رسمية كالجمعيات التعاونية والنقابات والمنظمات الخيرية.حيث لم يتفق الفقهاء بشان طبيعة هؤلاء الاشخاص كونها اشخاصا عاما او خاصة وكذلك طبيعة نشاطاتها حتى يمكن بالتالي معرفة الجهة القضائية التي تختص بالنظر في قضايا المسؤولية الناجمة عنها[791].

وايا كان امر هذه المعايير التي قيلت لتحديد الاختصاص القضائي بدعاوي مسؤولية ألادارة وما حققته من محاسن في فرنسا فيما يتعلق بالتوسيع من نطاق اختصاص القضاء الاداري،والعمل على حل مشكلة تنازع الاختصاص القضائي الى حد ما،فان الواقع وحقائق الامور اثبتت عدم استطاعة اي واحد من هذه المعايير في ان يرقى الى مستوى المعيار القاطع في هذا المجال .ولذلك فقد صدرت في فرنسا قواعد تشريعية عامة واخرى قضائية قررها مجلس الدولة الفرنسي لتحديد الاختصاص بقضايا مسؤولية ألادارة بين جهتي القضاء وسنتناولها تباعا.

-المطلب الخامس-

الاختصاص القضائي المحدد بنصوص تشريعية:-

تدخل المشرع الفرنسي لتحديد الاختصاص القضائي بقضايا المسؤولية الادارية في حالات عديدة جاعلا اختصاص النظر فيها لقضاء العادي بالرغم من كون المرفق العام طرفا في النزاع باعتباره صاحب سلطة وامتياز ويعتبر بلا شك استثناء من تلك المعايير التي ذكرت فيما سبق والتي استنبطها الفقه من قرارات واحكام المحاكم الادارية ورغم ان تلك المعايير قد اتسمت بنوع من الانسجام والتناسق فيما بينها،غير ان القواعد التي جاءت عن طريق التشريع كان طابعها التبعثر وعدم الانسجام وكأنها وضعت عن طريق الصدفة،الامر الذي يقتضي سرد تلك الحالات الاستثنائية بالقدر الذي يخدم موضوع بحثنا، ولا يخرجنا عن نطاقه، وهذه الحالات هي :-

١- قضايا المسؤولية التي تتقرر فيها مديونية الاشخاص الادارية حيث جعل المشرع اختصاص النظر فيها للقضاء العادي،بالرغم من طبيعة النزاع ، ويستثنى من ذلك الدولة لان مديونتها لا تتقرر الا اداريا وفقا لما جاء به قانونا ١٧٩٠ ، ١٧٩٣ من

[790] د. شاب توما منصور ، القانون الاداري، الكتاب الاول ،المصدر السابق، ص٨٢.

[791] د. طعيمة الجرف ، مبادئ القانون الاداري ، المصدر السابق ، ص ١٥٢.

تشريعات الثورة الفرنسية والتي منع المشرع بموجبها المحاكم العادية من الفصل في الدعاوي التي ترمي الى الحكم على الدولة بمبلغ من المال .

وعلى الرغم من ذلك فان قضاء مجلس الدولة قد اخضع فيما بعد دعاوي مسؤولية الاشخاص العامة لاختصاصه.(٧٩٢)

٢-قضايا التعويض التي ترفع على المدن والقرى بسبب اعمال الشغب التي يقوم بها الافراد وهذا الاختصاص يرجع الى الحركات الثورية والتمرد التي عاصرت الثورة الفرنسية فصدر قانون ١٧٩٣معتبرا سكان البلدة مسؤولين مجتمعا عن الاضرار التي ترافق تلك الثورات واعمال الشغب ،ثم جاء قانون البلديات لسنة ١٨٨٤ فنظم هذه المسؤولية واقامها على أساس تقصير رجال الشرطة في اداء وظائفهم،والسبب في قيام المشرع باسناد الاختصاص بهذه القضايا للقضاء العادي يرجع الى الافكار التي كانت تسود فرنسا انذاك والقائلة بأن القضاء العادي يضمن الحماية للافراد اكثر من القضاء الاداري(٧٩٣).

٣-خضوع دعاوي التعويض ضد ألادارة للقضاء العادي اذا ما رفعت بطريقة تبعية للدعاوي الجزائية امام المحاكم الجنائية ،تطبيقا للقاعدة التي تقضي بان(قاضي الاصل هوقاضي الفرع او ان قاضي الدعوى هو قاضي الدفع).وعلى ذلك فأن محكمة الجزاء تكون هي المختصة بالحكم بالتعويض اضافة الى الحكم الجنائي،ويجري التعويض وفقا للمادة ١٣٨٤من القانون المدني الفرنسي والمتعلقة بمسؤولية المتبوع عن اعمال التابع(٧٩٤).

٤-حالة مسؤولية ألادارة عن الاضرار التي تسببها وسائل النقل المختلفة الارضية والبحرية والجوية، وتعد هذه احدث مجال لتوسيع اختصاص القضاء العادي ، ونظرا للتشابه الكبير بين الحوادث الناجمة عن وسائل النقل المختلفة العامة والخاصة فأن المشرع قد وحد جهة الاختصاص في نظر دعاوي التعويض المترتبة عليها وذلك. بمقتضى قانون٣١ كانون الاول لعام ١٩٥٧(٧٩٥).

وهناك نصوص تشريعية اخرى صدرت لتنظيم الاختصاص القضائي الفرنسي ببعض المسائل الفرعية ومن ذلك قانون ١٧٩٦ الخاص بدعاوي التعويض المتعلقة بالضرائب غير المباشرة،وقانون سنة ١٩٧٠ المتعلق بمسألة نقل الطرود عن طريق البريد وقانون سنة ١٩٤٦ الخاص بالضمانات الاجتماعية، هذا وجعل المشرع الاختصاص في كل هذه الحالات للمحاكم العادية(٧٩٦).

---

(٧٩٢) د.محمد الشافعي ، المصدر السابق ،ص ١٠٢ .

(٧٩٣) نظر د.سليمان الطماوي، القضاء الادار ي، الكتاب الثاني-قضاء التعويض.. المصدر السابق،ص٧٥- و كذلك د.سعاد الشرقاوي،القضاء الاداري ،المصدر السابق،ص١٠ .

(٧٩٤) د.ماجد راغب ،المصدر السابق، ص ١٧٩ .

(٧٩٥) انظر د.سليمان الطماوي، القضاء الاداري – قضاء التعويض .. المصدر السابق،ص٧٩.و ايضا مؤلفه دروس في القضاء الاداري، المصدر السابق ،ص٣٤ .

(٧٩٦) د.عبدالرحمن نورجان الايوبي،المصدر السابق،ص١٠٧ .

-المطلب السادس-

حالات أخرى لقواعد الاختصاص القضائي:-

دلت الاحكام المختلفة لقضاء مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة تنازع الاختصاص على انهما قد احالا حالات كثيرة لقضايا مسؤولية ألادارة لأختصاص المحاكم العاديـــة ممـــا يستشف منها انها توسع من اختصاص المحاكم العادية على حساب المحـــاكم الاداريـــة شأنها في ذلك شأن قواعد الاختصاص القضائي المحددة بالتشريع والتى سبق ذكرهـــا، وهذه الحالات هي:-

١-مسائل التعويض المتعلقة بالأعمال التي تمارسها ألادارة بأساليب القانون الخاص اذ تباشر ألادارة طائفة من اعمالها ونشاطاتها باستخدام وسائل القانون الخاص،فـأصبح اختصاص النظر في المنازعات الناشئة عن هذه الاعمال للقضاء العادي ، وتبرير ذلـــك ان التجاء ألادارة بارادتها الى اتباع هذه الاساليب يدل على انها قد تخلت عما تتمتع بـــه من سلطات تجاه الافراد فيكون اختصاص القضاء الاداري مفقودا في هذه الحالة. واولى هذه المسائل تمثلت في الاضرار التي تلحق الافراد جراء اشراف ألادارة علـــى امـــوال الدومين الخاصDomain Privc لان نشاط ألادارة في الحالة هذه ، والاضرار المترتبة عن نشاط المرافق التجارية والصناعية والمهنية والمتعلقة بموظفيها من غير شـــاغلي الوظائف الادارية العليا لاتتعلق مباشرة بمرفق عام [٧٩٧].

٢-مسؤولية ألادارة عن اعمال المتعلقة بالغصب والاعتـــداء المـــادي[٧٩٨] ، اذ ان الوضع الطبيعي يحتم ان يكون الاختصاص بهما للمحاكم الادارية وفقا للمعايير المتبعـــة لتوزيع الاختصاص ولكن القضاء قد جرى على عكس ذلك بناء على قاعدة عرفية سادت في فرنسا والقائلة بأن " المحاكم القضائية حامية اموال الافراد وحرياتهم" وبتحقق هاتين الحالتين من المسؤولية فأن الاختصاص ينعقد للقضاء العادي وتحكمها قواعد القـــانون الخاص السائدة في العلاقات بين الافراد.

---

(٧٩٧) انظر د.ماجد راغب . المصدر السابق.ص ١٧٣.-د.سليمان محمد الطماوي.القضاء الاداري.قضاء التعويض، المصـــدر السابق. ص٣٥.

(٧٩٨) المقصود بالغصب هو استيلاء ألادارة على عقار مملوك لاحد الافراد في غير الاحوال التي يجيز فيه القانون. اما الاعتـــداء المادي فهي نظرية ابتدعها قضاء مجلس الدولة الفرنسي . و هي تشمل تلك الاعمال المادية للادارة التي تبلغ عدم مشـــروعيتها حدا تفقدها صفتها الادارية كالاعتداء على حرية فردية او التعدي على عقار مملوك لاحد الاشخاص . فهي اوسع مـــن نظرية الغصب

و يجدر القول ان دور المحاكم العادية يقتصر في حالة الغصب على تقدير التعويض فقط.اما في حالة الاعتداء المادي فان ســـلطة القاضي المدني تتوسع في مواجهة ألادارة اذ تكون له سلطة الحكم على ألادارة بعمل ايجابي كالرد و الهدم او الحكم بامتنـــاع ألادارة عن القيام بالعمل مع تقدير التعويض عن كل ذلك

راجع د.محمود عاطف . المصدر السابق.ص١٦٦-د سليمان الطماوي.دروس .. المصدر السابق.ص٣٦ص٣٨.

٣-قضايا التعويض الناجمة عن اعمال مرفق القضاء حيث ان الاختصاص في هذا النوع من الدعاوي يكون موزعا بين القضاء العادي والقضاء الاداري على أساس تقسيم الاعمال المتعلقة بمرفق القضاء ،فالأختصاص يكون للمحاكم القضائية عندما تتعلق المنازعة بتنظيم القضاء ،في حين يكون الاختصاص للمحاكم الادارية عندما تكون الخصومة متعلقة بسير مرفق القضاء[٧٩٩].

هذا اذا كانت الدعوى في كل هذه الحالات موجهة ضد ألادارة ذاتها ، اما اذا كانت الدعوى مقامة على الموظف بأعتباره مسؤولا عن الضرر الواقع بالفرد ، فان جهة القضاء المختصة بالدعوى تتحدد وفق طبيعة الخطأ الذي ارتكب ،فاذا كان الخطأ شخصيا فأن الاختصاص يكون للقضاء العادي وتطبق عليها قواعد المسؤولية المدنية ، اما اذا كان الخطأ مرفقيا فان الاختصاص فيه ينعقد للقضاء الاداري وتطبق عليه قواعد المسؤولية العامة[٨٠٠].

ويظهر ان التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي قد ساهمت في فترة من الفترات في تحديد الاختصاص بقضايا المسؤولية بين جهتي القضاء ، الا ان هذه التفرقة اصبحت من غير الممكن الاعتماد عليها منذ صدور حكم مجلس الدولة في قضية Le Monier وذلك لان نفس الخطأ اصبح من الممكن اعتباره خطأ شخصياً من وجهة نظر المحاكم العادية وخطأ مرفقيا في رأي المحاكم الادارية [٨٠١].

بعد هذا العرض الموجز يتضح لنا ان قواعد توزيع الاختصاص بقضايا مسؤولية ألادارة بين جهتي القضاء العادي والاداري في فرنسا هي ان القاعدة العامة تقضي باختصاص القضاء الاداري بدعاوي مسؤولية ألادارة ،ومع ذلك فان للقضاء العادي استثناءا الحق في الفصل في العديد من حالات مسؤولية ألادارة ،وذلك أما اعمالا للمعايير الفقهية او بتدخل المشرع لمقتضيات المصلحة العامة، وهذا يعني ان اختصاص القضاء العادي بقضايا المسؤولية الادارية في توسع تدريجي مع تزايد مهام ألادارة وتطور اساليبها.ولذا نعتقد انه ليس من مصلحة ألادارة ولا الافراد توسيع اختصاص القضاء العادي على حساب القضاء الاداري لان القاضي المدني لايملك الخبرة الفنية اللازمة في مجال اعمال ألادارة بما تمكنه من ايجاد التوازن بين الحقوق الفردية والمصالح العامة المتعارضة ومحاولة التوفيق بينها ، كما ان في توسيع الاختصاص القضائي للمحاكم العادية على حساب المحاكم الادارية انكارا للتطور الحاصل في مجال القانون الاداري ولنظام المسؤولية الادارية ولمبدأ تخصص القضاء في الدولة.

۞۞۞

---

[٧٩٩] انظر د.عبدالرحمن نورجان الايوبي،المصدر السابق،ص١٠٨-د سليمان الطماوي،القضاء الاداري-قضاء التعويض، المصدر السابق، ص٧٧.

[٨٠٠] د عدنان العجلاني،المصدر السابق،ص٣٦٨-٣٦٩-انظر كذلك د.سامي جمال الدين ،المصدر السابق،ص٢٦٣.

[٨٠١] Andre de Laubadere, Op.Cit p.712 No.1334

-المبحث الثاني-

قواعد الاختصاص في مصر

لم تعرف مصر نظام القضاء المزدوج الا بعد صدور قانون رقم١١٢ لسنة ١٩٤٦ الذي انشأ مجلس الدولة فيها. فقبل هذا التاريخ كان نظام القضاء المصري موحدا، فقواعد الاختصاص التي سادت في هذه الفترة اختلفت عن القواعد التي وجدت بعد انشاء مجلس الدولة المصري.و وفقا لذلك سنجري الكلام عن هذا الموضوع في مطلبين، نعرض في المطلب الاول قواعدالاختصاص في مرحلة قضاء الموحد، ونبين في المطلب الثاني قواعد الاختصاص في مرحلة القضاء المزدوج.

-المطلب الاول-

الاختصاص القضائي في مرحلة ما قبل انشاء مجلس الدولة المصري:-

تولت المحاكم العادية في هذه المرحلة الفصل في كافة المنازعات سواء منها مابين الافراد انفسهم اوبينهم وبين ألادارة ،اي ان القضاء العادي قد اختص بكل قضايا مسؤولية ألادارة[٨٠٢].

وان ملامح هذا القضاء الموحد كانت متبلورة قبل عام ١٨٧٥ في(محاكم شرعية) اختصت بالفصل في كل المنازعات الادارية والمدنية للمواطنين على السواء ، و كانت الاحكام الصادرة عنها متفقة مع مقتضى احكام الشريعة الاسلامية.اما المنازعات الناشئة بين المواطنين والاجانب او بين الاجانب انفسهم او بينهم و بين ألادارة فكان الاختصاص منعقدا (للمحاكم القنصلية)اذ لم تكن للمحاكم الشرعية الولاية على الاجانب.

وقد استمر العمل بهذه المحاكم الى ان انشئت المحاكم المختلطة في٢٨كانون الاول ١٨٧٥، فقد نصت المادة العاشرة من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة على اختصاص هذه المحاكم بالقضايا التي يقيمها الاجانب اصحاب الامتياز على الحكومة او المصالح العامة او دائرة سمو الخديوي اواعضاء اسرته.[٨٠٣]

ان انتهاج مصر لهذا النظام القضائي راجع الى كون اتجاهات القضاء الاداري الفرنسي لم تكن قد استقرت في تلك الفترة، كما لم تتوضح بعد محاسن ذلك النظام

---

[٨٠٢] نظر د. محمد الشافعي،المصدر السابق، ص١١٢ ص١١٣-د. محسن خليل و د.سعد العصفور، المصدر السابق، ص١٦٧.

[٨٠٣] بموجب نظام الأمتيازات التي منحها السلطان سليمان القانوني للأجانب في أرجاء الدولة العثمانية تقررت أمتيازات وحقوق للأجانب في مصر مما تطلب أيجاد نظام قانوني خاص لتنظيمه- راجع د.حسن سيد بسيوني، دور القضاء في المنازعة الأدارية، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٨١،ص٦٣- د.محمد الشافعي، المصدر السابق، ص١١٣.

القضائي،وكان لايزال هناك مخاوف من محاباة القضاء الاداري لجهة ألادارةعند نظره في النزاعات المتعلقة بها وانحيازه الى جانبها على حساب الاشخاص العاديين. يضاف الى هذا كله ان الدول اصحاب الامتياز في مصر لم تكن تقبل فكرة الازدواج القضائي فيها لتعارضها مع مصالحها ، فكل هذه العوامل ساعدت على ترسيخ دعائم القضاء الموحد في ذلك العصر في مصر[٨٠٤].

وحددت المادة " الحادية عشرة من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة اختصاصات هذه المحكمة حيث نصت على انه " ليس لهذه المحاكم أن تفصل في ملكية الاموال العامة او ان تفسر امرا يتعلق بألادارة او ان توقف تنفيذه، ولكن يسوغ لها في احوال التي وردت في القانون المدني، ان تفصل في الاعتداء على حق مكتسب لأحد الاجانب متى كان ناشئا عن عمل اداري".[٨٠٥]

ثم صدر قانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٣٧بمناسبة الغاء الامتيازات الاجنبية في مصر، فأجرى هذا القانون تعديلات جديدة على اختصاصات المحاكم القضائية (م٤٣) منعها من ان تنظر بطريقة مباشرة او غير مباشرة في اعمال السيادة،واجاز لها (للمحكمة) دون ان توكل الامر الاداري او ان توقف تنفيذه، ان تفصل في:

١-في المنازعات المدنية والتجارية التي تقع بين الافراد والحكومة بشأن عقار او منقول عدا الحالات التي ينص فيها القانون علىغير ذلك.

٢-في دعاوي المسؤوليةالمدنية المرفوعة على الحكومة بسبب اجراءات ادارية وقعت مخالفة للقوانين واللوائح.

٣-في كل المسائل الاخرى التي يخولها القانون حق النظر فيها.

يظهر من هذه النصوص ان ولاية المحاكم المختلطة كانت مقتصرة على الحكم بالتعويض للمضرور من اعمال ألادارة المادية او القانونية دون ان يكون لها الحق في ان تتعرض للقرار الاداري في ذاته بالتعديل او الالغاء اي ان المحاكم المختلطة كانت تشكل قضاء التعويض لا قضاء الالغاء.

وقد صدرت سنة ١٨٨٣لائحة ترتيب المحاكم الوطنية، تضمنت المادة الخامسة عشر[٨٠٦] منها نفس الاحكام التي وردت في المادة(٤٣) من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة السالف ذكرها دون ان تجري بشأن اختصاص المحاكم القضائية في مصر اي

---

[٨٠٤] أنظر د.سليمان مرقس، المصدر السابق ،ص١١٣- د.محمود حلمي، القضاء الاداري، المصدر السابق، ص٢١٩.

[٨٠٥] عدلت هذه المادة بمرسوم ٢٦/٣/١٩٠٠حيث منعت بمقتضاه المحاكم المختلطة من النظر في كل ما يعتبر من أعمال السيادة- راجع د.سليمان الطماوي، القضاء الأداري-القضاء التعويض..المصدر السابق ص٩٩.-د. سعيد عبدالمنعم حكيم، الرقابة على أعمال الأدارة في الشريعة الأسلامية والنظم المعاصرة، ط١،دار الفكر العربي،١٩٧٦ ص٤٨٤.

[٨٠٦] تكررت هذه المادة في قانون نظام القضاء لسنة ١٩٤٩برقم(١٨)، ثم أصبحت المادة(١٥)في قانون السلطة القضائية رقم٥٦لسنة ١٩٥٩ثم نقلت برقم ١٦الى قانون رقم(٤٣)لسنة ١٩٦٥بخصوص السلطة القضائية، وأخيرا صارت المادة(١٧) من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦لسنة ١٩٧٢النافذ حاليا في مصر-راجع د. سليمان الطماوي، القضاء الأداري-قضاء التعويض ،المصدر المصدر السابق ص١٠٠.

تغيير يذكر. وبصدور قانون نظام القضاء رقم٣٧ لسنة١٩٤٩ تم بموجبه الغاء لائحة ترتيب المحاكم الوطنية، كما وتم الغاء لائحة ترتيب المحاكم المختلطة بألغاء هذه المحاكم[٨٠٧].

يتضح لنا من كل ما تقدم ان الاختصاص المطلق بقضايا مسؤولية ألادارة سواء عن اعمالها المادية او القرارات الادارية كان مقررا للمحاكم العادية في مصر في ظل القوانين التي صدرت بشأن السلطة القضائية قبل قيام القضاء الاداري فيها.

-المطلب الثاني-

الاختصاص القضائي في مرحلة ما بعد انشاء مجلس الدولة المصري:-

عند انشاء مجلس الدولة وفقا لقانون رقم١١٢ لسنة١٩٤٦،أخذ المشرع المصري بنظام الاختصاص المحدود،اذ جعل اختصاص القضاء الاداري محددا على سبيل الحصر، وسار المشرع على هذا النهج في قوانين مجلس الدولة المتعاقبة[٨٠٨]. وهذا يعني ان مجلس الدولة المصري لم تتقرر له الولاية العامة في نظر المنازعات الادارية بل تحدد اختصاصه حصرا، لذلك لم تثر في مصر خلافات فقهية وقضائية حول اختصاص القضاء الاداري مثلما ثارت في فرنسا وما تبعه من قيام نظريات ومعايير-كماسبق ان تطرقنا اليها -اذ اعتبر المشرع الفرنسي القضاء الاداري صاحب الولايةالعامة للنظر في المنازعات الادارية منذ ان حصل هذا القضاء على استقلاله واصبح قضاءا مفوضا سنة ١٨٧٢ لذا فانه كان على الفقه والقضاء الفرنسيين العمل على تحديد المنازعات التي تعتبر ادارية ليختص بها القضاء الاداري ، الا ان هذا لم يكن له مقتضى في مصر[٨٠٩]، فوفقا لقانون سنة١٩٤٦ اختص القضاء الاداري المصري الى جانب الغاء القرارات الادارية غير المشروعة ، بالنظر في دعاوي التعويض المترتبة على هذه القرارات،وكان هذا الاختصاص مشتركا بين جهتي القضاء العادي والاداري، فكان المضرور هو الذي يحدد جهة الاختصاص و له الخيار فاذا لجأ الى احدى الجهتين اصبحت هي المختصة وامتنع عليه الالتجاء الى الاخرى.وفي مجال مسؤولية ألادارة عن الاعمال المادية فقد اختصت جهة القضاء العادي بنظر قضاياها دون مشاركة من جهة القضاء الاداري . وقد جاء احتكار جهة القضاء العادي لهذه القضايا لانتيجة لنص تشريعي،وانما بسبب عدم النص على اختصاص مجلس الدولة المصري بهذا النوع من القضايا .اما قضايا

---

(٨٠٧) أنظر د.ماجد راغب، المصدر السابق، ص١٨٢- د.محمود حلمي، القضاء الأداري، المصدر السابق، ص١٢٠.

(٨٠٨) بذلت محاولات لتقرير الولاية العامة لمجلس الدولة المصري ولكن بدون جدوى فقد جاء القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩محددا لأختصاص المجلس على مسائل محددة، كما نص قانون رقم ١٦٥لسنة ١٩٥٥ومن بعده القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩على اختصاص المجلس المحدد بنظر المنازعات معينة دون غيرها. أنظر د.ماجد راغب،ص٢٢٧..أيضا د.محسن خليل و د.سعد العصفور، المصدر السابق، ص١٦٩.

(٨٠٩) د.حسن السيد بسيوني، المصدر السابق،ص٦٦.

المسؤولية المقامة ضد ألادارة والمتعلقة بعمل من اعمال السيادة ،فقد منــــع المشـــرع جهتي القضاء كلتيهما من النظر في قضاياها ، الا انه ترك لكل من الجـــهتين ان تحـــدد بنفسها ما يعتبر من اعمال السيادة.

وقد استمرت حالة الاختصاص المشترك بقضايا المسؤولية بين جهتي القضاء فـــي ظل قانون مجلس الدولة لسنة ١٩٤٩ [٨١٠].ولما كانت كل جهة من جهتي القضاء تطبق قواعد قانونية مختلفة عن التي تطبقها الاخرى الامر الذي ادى الـــى اختـــلاف الاحكـــام الصادرة في دعاوي متماثلة بأختلاف الجهة صاحبة الاختصاص وقد وجد هذا الوضـــع معيبا لكونه يؤدي الى التعارض في تأصيل المبادئ القانونية فأرتؤي ان يكون الفصـــل فيها من اختصاص القضاء الاداري وحده بأعتبار هذه الروابط من قبيل روابط القـــانون العام.

ولهذا تدارك المشرع في قانون سنة ١٩٥٥ حالة الاختصاص المشترك بين القضـــاء العادي والاداري ، فقرر بالنسبة لقضايا المسؤولية عن القـــرارات الاداريـــة ان يكـــون اختصاص النظر فيها منعقدا لجهة القضاء الاداري ، وقد اكد هذا الاتجاه ايضـــا قـــانون مجلس الدولة لسنة١٩٥٩.

اما المحاكم العادية فقد استبقت في ظل هذين القانونين اختصاصها المطلق بقضايـــا التعويض عن اعمال ألادارة المادية[٨١١].

وظل الاختصاص المحدود لمجلس الدولة الى ان صدر دســـتور ســـنة١٩٧١وقضت المادة ١٧٢ منه بان يختص القضاء الاداري بجميـــع المنازعـــات ذات الطـــابع الاداري فأصبح مجلس الدولة وبنص دستوري صاحب الولاية العامة فـــي مجـــال المنازعـــات الادارية، واصدر المشرع استنادا الى هذا النص الدستوري القانون الجديـــد (الحـــالي) لمجلس الدولة رقم ٤٧لسنة ١٩٧٢حيث سرد المشرع في المادة العاشـــرة عـــددا مـــن المسائل التي تدخل في اختصاص مجلس الدولة في ثلاثة عشر بندا ثم اعقبها ببند اخير مقررا اختصاص المجلس بنظر سائر المنازعات الادارية [٨١٢].

وعليه فالرأي الراجح في الفقه والاجتهاد المصري يؤكد ان مجلس الدولـــة اصبـــح وفقا للبند الرابع عشر من المادة السابعة وبنص المادة ١٧٢من الدستور القاضي العـــام في نظر المنازعات الادارية و بخلاف الوضع في ظل القوانين السابقة.

اما بخصوص التعداد الوارد في البنود الثلاثة عشر من المادة العاشرة مـــن قـــانون مجلس الدولة الاخير فأنه ليس سوى ايراد امثلة للمنازعـــات الاداريـــة الداخلـــة فـــي

---

(٨١٠) د.حسن عبدالمنعم، المصدر السابق، ص٤٨٨- د.محمد فؤاد مهنا، حقوق الأفراد أزاء المرافق العامة،ص٣٨٩.

(٨١١) حسن الفكهاني، موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، ج١، القاهرة، ١٩٧٥-١٩٧٦، ص٤٠.

(٨١٢) يصبح أختصاص القضاء الاداري بعد صدور هذا القانون قسمين- قسم محدد بنص صريح وبالتالي لاخلاف عليه، وقـــد ورد النص عليه في المادة العاشرة من قانون المذكور وهو يشمل قضايا التعويض عن مرتبات الموظفين والقـــرارات الأداريـــة الصادرة بشأنهم أو بشأن الافراد.وقسم ثاني يندرج في عموم م١٠/١٤التي تطلق أختصاص مجلس الدولة بسائر المنازعـــات الأدارية- للتفصيل أنظر د.ماجد راغب، المصدر السابق، ص١٨٣.

اختصاص المجلس، مع ان هذا الاسلوب يعد عيبا فنيا في الصياغة ، اذ ليس من عمـــل المشرع اعطاء الامثلة والتفاصيل[٨١٣].

ويعتقد الدكتور محمود حافظ ان المشرع اتبع هذا الاسلوب بذكره امثلة للمنازعـــات الادارية ولم يكتف بتقرير الولاية العامة في بند واحد رغبة منه فـــي التسـهيل علـــى القضاء الاداري والقضاء بصورة عامة في المرحلة الاولى من تطبيـــق نظـــام الولايـــة العامة الذي بدوره يثير مشكلة البحث عن معيار الاختصاص، تلك المشكلة التي واجهـها القضاء الفرنسي بجهتيه الادارية والعادية وعلى رأسهما محكمة التنازع وما استتبع ذلك من بذل جهود ومحاولات انتهت بأعتماد معايير مختلفة تنوعت وفقـا لتغـير الظــروف الأجتماعية والاقتصادية والسياسية لذا حاول المشرع المصري تلافي هــذه الصعوبــات عندما اورد امثلة للمنازعات الادارية ولكي يتجنب مشقة تحديد المعيار للقــاضي الاداري بالنسبة لهذه المسائل[٨١٤].

ولكن بالرغم من تقرير الولاية العامة لمجلس الدولة، الا ان القضاء العادي لايــــزال يفصل في قضايا التعويض عن الاعمال المادية الموجهة ضد ألادارة و يطبـــق بشـــانها قواعد المسؤولية المدنية[٨١٥].

اما الاعمال المادية التي توضع تنفيذا لقرار اداري فان المسؤولية عنها تدخل فـــي اختصاص القضاء الاداري اذ انه لايسوغ النظر اليها مستقلة عن القرار الاداري الـــذي كان السبب في قيامها،اذ هي ذات ارتباط وثيق به لأن كيانها القانوني مستمد منه، فلابد من ان تخضع لنفس الجهة القضائية التي يخضع لها القرار الاداري ذاته .كمـــا ويمتـــد نطاق اختصاص القضاء الاداري الى مسائل التعويض عن قرارات ادارية منعدمة التـــي تعتبر من الناحية النظرية كأن لم تكن موجودة ، غير انها تبقى رغم انعدامها في عـــالم الاعمال القانونية للادارة تختص بالغائها والتعويض عنها جهة القضاء الاداري.[٨١٦]

الا ان مجلس الدولة المصري بدا في قضائه الحديث واستنادا الى نص البند الاخـــير من المادة العاشرة السابقة الذكر،يفصل في قضايا التعويض عن الاعمال المادية لـــلادارة اذا ما اعتبرت من قبيل المنازعات الادارية، وهي تعتبر كذلك اذا ما اتصلـــت المنازعـــة بنشاط مرفق عام تديره ألادارة باساليب القانون العام ، وهونفس المعيار الذي يســـتهدي به مجلس الدولة الفرنسي في قضائه الحديث[٨١٧].

يتبين لنا من خلال استعراض قواعد الاختصاص القضـــائي فـــي مصـــر ان قضايـــا المسؤولية المتعلقة بالقرارات الادارية كلها كانت ولا تزال خاضعة لاختصاص القضـــاء الاداري منذ صدور قانون مجلس الدولة رقم ٩لسنة ١٩٤٩، ولا سيما ان سلطة اصـدار القرارات الادارية تنفرد بها ألادارة فيكون لزاما اخضاع المنازعات المتعلقة بها لجهـــة

---

[٨١٣] حسن الفكهاني.المصدر السابق.ص٤٠

[٨١٤] د.محمد حافظ . القضاء الأداري.ط٦، ١٩٧٢.ص٢٧٧.

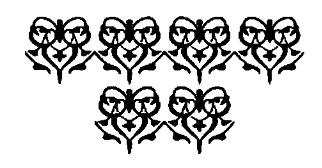
[٨١٥] د.محمد فؤاد مهنا. المسؤولية الأدارية. المصدر السابق.ص٤٧ .

[٨١٦] محمد حلمي. القضاء الأداري . المصدر السابق. ص٢٢٢.

[٨١٧] سليمان الطماوي.القضاء الأداري-قضاء التعويض.المصدر السابق.ص١٠٩ .

القضاء الاداري .اما مسؤولية ألادارة عن اعمالها المادية فان الاختصاص بمنازعاتها اختصت بها جهة القضاء العادي واستمر الوضع هكذا حتى صدور قانون مجلس الدولة الاخير (رقم٤٧لسنة١٩٧٢)الذي اطلق اختصاص القضاء الأداري بالفصل في سائر المنازعات الادارية. فمما هو معلوم ان قضايا المسؤولية عن الاعمال المادية للادارة تندرج تحت مفهوم المنازعات الادارية بتحقق ضوابطها لذلك فان قصد المشرع بدا واضحا في مد اختصاص مجلس الدولة الى تلك القضايا. و بالرغم من ذلك فان القضاء العادي هناك لايزال يصر على اختصاصه بهذه القضايا ويطبق بشانها قواعد المسؤولية المدنية ،اي ان هذا الاختصاص بات مشاعا بين جهتي القضاء.

ونعتقد انه كان من المستحسن للمشرع المصري لو نص بصورة قطعية في قانون الاخير لمجلس الدولة على اختصاص الاخير بقضايا المسؤولية عن الاعمال المادية حتى يقطع الطريق امام المحاكم العادية في الفصل في تلك القضايا التي تعد الاكثر شيوعا في الواقع العملي من قضايا المسؤولية عن الاعمال القانونية ، و ليقضي نهائيا على حالة الشيوع في الاختصاص بين جهتي القضاء .من هنا فانه يكون ضروريا اخضاع مسائل التعويض عن الاعمال المادية لاختصاص القضاء الاداري دون القضاء العادي لاهميتها.



-المبحث الثالث-

قواعد الاختصاص في العراق

بعد ان بينا معايير تحديد الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الاداري، وكذلك الاختصاصات المحددة بنصوص تشريعية في القانونين الفرنسي والمصري وذلك في المبحثين الاول والثاني من هذا الفصل ، بقي ان نبين في هذا المبحث نظام الاختصاص القضائي في العراق.

ولابد ان نشير هنا الى ان الاختصاص القضائي في العراق بالدعاوي الادارية بصورة عامة وبدعاوي مسؤولية ألادارة بشكل خاص قد مر بمرحلتين رئيستين لكل منها طبيعتها المميزة واثارها المختلفة عن الاخرى ، وعلى هذا فأننا سنتصدى لهذا الموضوع في مطلبين ، نتناول في المطلب الاول الوضع قبل عام١٩٨٩تأريخ صدور قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة ،اما الوضع بعد عام ١٩٨٩فنتناوله في المطلب الثاني ،وذلك حتى يمكننا الالمام بمراحل تطور قواعد الاختصاص القضائي بدعاوي مسؤولية ألادارة في العراق.

-المطلب الاول-

الاختصاص القضائي بالقضايا الادارية قبل عام ١٩٨٩:-

منذ قيام الحكومة العراقية ووضع قانون أساسي من قبل الجمعية التأسيسية سنة١٩٢٥، استمرت المحاكم المدنية الفصل في كافة المنازعات التي ترفع اليها وقد تم تشكيل ديوان التدوين القانوني كجهاز اداري متخصص في شؤون الموظفين.

عليه فان نظامنا القضائي قد ارتكز على مبدأين أساسين هما مبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ امتلاك المحاكم القضائية الولاية العامة للفصل في كافة المنازعات المدنية منها والادارية مالم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك[٨١٨].

فصارت هناك جهة قضائية واحدة وهي جهة القضاء العادي مختصة بالفصل في كافة المنازعات بصرف النظر عن صفة اطرافها وتقع على رأس هذه الجهة محكمة التمييز (النقض). وكان هذا القضاء يستمد ولايته العامة في السابق من نصوص

---

[٨١٨] عدنان الخطيب،تأريخ القضاء الأداري ونظام مجلس الدولة في سورية،معهد البحوث والدراسات العربية،١٩٧٤،ص٦١- د.عبدالرحمان نورجان، المصدر السابق،ص٢٢٣.

قوانين مختلفة، منها المادة ٧٣ من القانون الأساسي (الدستور)[٨١٩]. ثم صدر قانون اصول المرافعات المدنية والتجارية رقم ٨٨لسنة١٩٥٦مؤكدا اختصاص القضاء العادي بكافة القضايا المدنية والادارية اذ نص على ان "للمحاكم المدنية حق القضاء على جميع الاشخاص طبيعية كانت او معنوية بما في ذلك الحكومة وفي كل الدعاوي والامور المدنية والتجارية".

ومما زاد من هذا التاكيد صدور قانون السلطة القضائية رقم٢٦لسنة١٩٦٣بنصه "تسري ولاية المحاكم على جميع الاشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة وتختص بالمنازعات والجرائم كافة الا ماالستثني بنص خاص"[٨٢٠].

يظهر من نص هذه المادة ان للمحاكم القضائية العراقية حق التعرض لكافة اعمال الادارة سواء ما كانت منها مادية او قرارات ادارية ما لم يستثن من ذلك بنص خاص. ولكن نجد خلال تتبع الاحكام التي صدرت عن هذه المحاكم انها اقتصرت على الحكم بالتعويض عن القرارات الادارية غير المشروعة دون ان تمس القرار في ذاته بالألغاء او التعديل وان جل ما فعله في هذا الشأن هو الحكم بمنع معارضة جهة الادارة صاحبة القرار المعيب للفرد المضار من عملها[٨٢١].

و بصدور قانون اصلاح النظام لقانوني رقم ٣٥لسنة ١٩٧٧الذي نص في الفصل الثالث من القسم الثاني على ضرورة " انشاء محاكم خاصة وهيئات تحكيم تنظر في قضايا موظفي الدولة والقطاع العام والمنظمات المهنية وفي الفصل في المنازعات التي تكون الوزارات اوالمؤسسات العامة او القطاع العام طرفا فيها"[٨٢٢].

واعمالا لهذا النص تم انشاء المحاكم الادارية بقانون رقم ١٤٠ لسنة ١٩٧٧، حيث جاء في الاسباب الموجبة لهذا القانون مايلي " لهذا فقد بات من الضروري التوجه نحو خلق قضاء متخصص تعهد اليه مهمة البت في هذه المنازعات ذات الطبيعة الخاصة وجعل الدعاوي المعروضة عليه من الدعاوي المستعجلة واختصار مراحل الطعن بقصرها على التمييز مهما كانت قيمة الدعوى دون تفريط باصل الحق...."[٨٢٣].

وكان المأمول من انشاء هذه المحاكم ان تكون بداية للاخذ بنظام القضاء المزدوج في العراق كما حصل في فرنسا ومصر،وان يعقبه تشكيل محكمة ادارية عليا للنظر تمييزا في الاحكام الصادرة عن هذه المحاكم، و ان توسع اختصاصها لتشمل المنازعات

---

(٨١٩) أذ نصت على أنه"للمحاكم المدنية حق القضاء على جميع الأشخاص في العراق في كل الدعاوي والأمور المدنية والجزائية التي تقيمها الحكومة العراقية أو تقام عليها..."- أنظر الحاكم ضياء شيت، رقابة القضاء العراقي على القرار الأداري بحث منشور في مجلة القضاء، ع٤،ص١٣، ١٩٥٥ص٢٤ص٤٢بالأشارة الى ص٢٥.

(٨٢٠) راجع قانون المرافعات المدنية والتجارية، وزارة العدل، بغداد١٩٨٢،ص٦- وقانون السلطة القضائية، وزارة العدل، بغداد، ١٩٨٧ ،ص٥.

(٨٢١) أنظر د.عبدالرزاق عبدالوهاب، بحثه السابق، ص١١٧.

(٨٢٢) قانون أصلاح النظام القانوني، المرجع السابق،ص١٨.

(٨٢٣) انظر جريدة الوقائع العراقية،العدد ٢٦١٩،السنة العشرون،٧تشرين الثاني،١٩٧٧.

الادارية كافة وبألاخص ما تعلق منها بمسؤولية ألادارة عن القرارات غير المشـــروعة لعدم وجود جهة قضائية يمكنها الغائها ومن ثم التعويض عنها[٨٢٣].

ولكن جرت الامور بغير ما كان متصورا، اذ باتت هذه المحاكم مجرد هيئات قضائيـة للنظر في المنازعات التي تقع فيما بين مؤسسات الدولة والقطاع الاشتراكي.وبسبب هذا الاختصاص المقيد والمحدود فقد انتقدت هذه المحاكم مما دفع بالمشـــرع الـــى اصـدار قانون رقم١٣١ لسنة ١٩٨٠ لتعديل قانون المحاكم الادارية وتـــم بموجبـه توسـيع اختصاصها ليشمل كل الدعاوي التي تكون "احدى الوزارات او مؤسسات الدولة والقطاع الاشتراكي خصما فيها سواء كانت مدعية او مدعى عليها". كما وشكلت هيئة خاصة في محكمة التمييز سميت(بهيئة القضاء الاداري) للنظر في الطعون الموجهة ضد الاحكـــام الصادرة عن تلك المحاكم غير انه لم يتم الوصول الى تشكيل محكمـــة عليـا (مجلـس الدولة) لتنظر في الاحكام الصادرة عن هذه المحاكم تمييزا كما هو المعهود في الـــدول ذات نظام القضاء المزدوج. ومن جانب اخر كان قضاة هذه المحاكم قضاة مدنيين غـــير متخصصين في الامور الادارية، اذ اشترط قانون المحاكم الادارية تولى حاكم واحد مـــن حكام الصنف الاول او الصنف الثاني مهمة القضاء في المحكمة الادارية فـــي حيـــن ان المحاكم الادارية في فرنسا ومصر تتألف من هيئة من القضاة للحيلولة دون الانفراد في اتخاذ القرارات او اصدار الاحكام التي تحتاج الى التدقيق والبحث المستفيضين. كما وان انشاء هذه المحاكم حصل في كل منطقة استئنافية وضمن تشكيلات المحـــاكم القضائيـة بناء على امر صادر عن وزير العدل ولم يتم تشكيلها كمحكمة مســـتقلة عـــن المحـــاكم العادية كما هو الحال في فرنسا ومصر. اما تنازع الاختصاص فيما بين المحاكم الادارية نفسها اوبينها وبين المحاكم المدنية فكانت تفصل فيه الهيئة العامة لمحكمة التمييز ؛ في حين تكون محكمة تنازع الاختصاص كجهة قضائية مستقلة هي المختصــــة فـــي حـل التنازع في دول القضاء المزدوج[٨٢٤].

وعلى هذا فان النظام القانوني لهذه المحاكم كان نظاما مدنيا وليس نظامـــا اداريـــا، فبالاضافة الى كل الفوارق التي ذكرت اعلاه بين هذه المحاكم والمحاكم الادارية في ظـــل القضاء المزدوج،فان اجراءات الدعوى امامها كانت تخضع لاحكـــام القـــانون المدنـــي وقانون المرافعات المدنية ،وكانت تطبق كأصل عام القواعد المدنية علـــى مـــا يعـــرض عليها من خصومات تختص بها، بينما تخضع اجراءات الدعوى الادارية في ظل القضاء المزدوج لاجراءات خاصة مختلفة عن اجراءات الدعوى المدنية كما وتطبـــق المحـــاكم الادارية في ظل القضاء المزدوج كقاعدة عامة قواعد القانون الاداري على كل ما يدخـل في اختصاصها من قضايا . ونظرا للاسباب اعلاه يمكننـــا القـــول ان واقـــع المحـــاكم الادارية في العراق كان بعيدا كل البعد عن المحاكم الاداريـــة فـــي الـــدول ذات النظـــام القضائي المزدوج ،ولم تكن تشكل قضاء اداريا بالمعنى الفني لهذا المصطلـــح.كمـــا ان

---

(٨٢٣) عبدالباقي نعمة الله. بحثه السابق. ص١٧٤ص١٧٥.

(٨٢٤) أنظر بهذا الصدد-جعفر ناصر حسين.المحاكم الادارية في العراق. بحث منشور في مجلة القضاء. العددان الاول والثـــاني. السنة الثالثة والأربعون. ١٩٨٨.ص٥٧ص١٩٦الى ص٦٥- د عثمان خليل عثمان. ص٤٧.ود.سامي جمال الدين. المصـــدر السابق. ص٢٦٢.

تسميتها بالمحاكم الادارية كانت تسمية في غيرمحلها،بل ولـدت التباسـا وخلطـا فـي المعنى، اذ انه يقصد بالمحاكم الادارية في فرنسا ومصر محاكم الدرجة الاولى في تـدرج هيئات القضاء الاداري .عليه يمكن القول بان قانون المحاكم الادارية رقـم ١٤٠لسـنة ١٩٧٧ لم يفلح كما كان مؤملا منه في ايجاد قضـاء اداري متخصـص للفصـل فـي الخصومات الادارية ،وكل ما جاء به هو انه اوجد هذه المحاكم لتساعد المحاكم المدنيـة (محاكم البداءة)في التخفيف من الاعباء الملقاة على عاتقها والعمل علـى منـع تراكـم القضايا امامها[٨٢٥].

وقد تم الغاء المحاكم الادارية بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨٨ وجـاء فـي الاسـباب الموجبة لهذا القانون ما نصه"ونظرا لان هذه الدعـاوي -اي الدعـاوي الداخلـة فـي اختصاص المحاكم الادارية الملغاة-هي في الاصل من اختصاص محاكم البـداءة وهـي لاتختلف عن الدعاوي المدنية الاخرى المماثلة لها في وسائل الاثبات فلا حاجة لتشـكيل قضاء متخصص..."[٨٢٦].

وحسنا فعل المشرع العراقي بالغاء هذه المحاكم لانها لم تكن تشكل قضاء اداريـا بمفهومه الصحيح المعهود في فرنسا ومصر كما سبق القول فيه ،وانها لم تكن سـوى محاكم عادية ذات اختصاص محدود ، وخاضعه لنفس التنظيم القضائي والاجرائي الذي تتبعه المحاكم المدنية[٨٢٧].

بقيت هناك طائفة من الدعاوي كانت تخرج عن اختصاص المحاكم المدنية والادارية، فما هي هذه الدعاوي وماهي الجهة صاحبة الاختصاص بنظرها ؟.

في هذا الصدد نصت المادة الرابعة من قانون السـلطة القضائيـة رقـم ٢٦ لسـنة ١٩٦٣ على انـه " للمحاكم ان تنظر في كل ما لا يعتبر من اعمال سيادة الدولة "[٨٢٨]، فدعاوي التعويض المتصلة باعمال السيادة لا تنظرها المحاكم العراقية لان الدولة غـير مسؤولة عن هذه الاعمال، كما ان قانون المطبوعات رقم٢٤لسنة ١٩٦٣ في م/٤١نص على انه" لا تسمع الدعاوي امام المحاكم بخصوص الاجـراءات والعقوبـات الاداريـة المتخذة وفقا لاحكام هذا القانون " ونص أيضا في المادة ٤٣ على انه "لا تسمع الدعاوي المقامة على الحكومة واللجان المكلفة بتطبيق قانون تنظيم الحياة الاقتصادية رقـم ٤١ لسنة ١٩٤٣ امام المحاكم كما لا تسمع الدعاوي المقامة علـى الوزيـر او اللجـان و الهيئات القائمة على تنفيذ قانون ضريبة الاراضي الزراعية رقم ١٥ لسنة١٩٦٠ "[٨٢٩]. فالقضايا المتعلقة بالاجراءات والعقوبات الادارية وكذلك الدعاوي الموجهة ضد الوزيـر. وبعض اللجان التي اوردها قانون المطبوعات خرجت من نطاق رقابة القضاء ولم يحـدد هذا القانون اية جهة للنظر فيها. وجاء ايضا في المادة ٥٩ من قانون الخدمة المدنيـة رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ المعدل على انه " لا تسمع في المحاكم الدعاوي التي يقيمها علـى

---

[٨٢٥] أنظر قريب من هذا المعنى. عبدالباقي نعمة الله، المرجع السابق. ص١٧٤ص١٧٥.

[٨٢٦] جريدة الوقائع العراقية، العدد ٣١٨٨،صادر في ١٩٨٨/٢/٨.

[٨٢٧] في هذا المعنى أنظر د.ماهر صالح الجبوري، المصدر السابق. ص٤٣.

[٨٢٨] قانون السلطة القضائية، المرجع السابق، ص٤٣.

[٨٢٩] أنظر قانون المطبوعات العراقي لسنة ١٩٦٣-وقد تم تعديله بقانون المطبوعات رقم ٢٠٦لسنة ١٩٦٨

الحكومة، الموظف او المستخدم الذي يدعي بحقوق نشأت من هذا القانون او بموجب قانون الخدمة المدنية رقم٥٥لسنة ١٩٥٦ وتعديلاته او اي نظام صدر بموجبها بل يكون البت في مثل هذه القضايا وما يتفرع عنها في مجلس الانظباط العام [٨٣٠]. لذا فان مجلس الانظباط العام هو الجهة المختصة بالنظر في دعاوي الموظفين ضد الحكومة عندما يكون محلها حقوقا نشأت عن قانون الخدمة المدنية النافذ حاليا او الملغى .ويستمد مجلس الانظباط العام اختصاصه عند الفصل في قضايا الموظفين عن مرجعين قانونيين وهما قانون انظباط موظفي الدولة رقم٦٩لسنة ١٩٣٦ وتعديلاته من جهة[٨٣١]،ومن قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة١٩٦٠ وتعديلاته من جهة اخرى. ومهما يكن من امر فان مجلس الانظباط العام لايرقى الى مرتبة القضاء، فهو مقيد الاختصاص بشؤون الموظفين وتحكمه نصوص قوانين خاصة، كما ان اعضاء هذا المجلس هم من الموظفين المدنيين وليسوا من القضاة المتخصصين في هذا المجال[٨٣٢].ولكن يمكن القول فيه بانه وجه من اوجه القضاء الاداري متخصص في منازعات الموظفين[٨٣٣].

-المطلب الثاني-

الاختصاص القضائي بالقضايا الادارية بعد عام ١٩٨٩:-

يختص القضاء الاداري في العراق في ظل قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩، بنظر منازعات الادارة مع الافراد وتفصل فيها محكمة القضاء الاداري التي تم استحداثها بهذا القانون ضن تشكيلات مجلس شورى الدولة[٨٣٤]. اما المنازعات التي تقوم بين الادارة وموظفيها فيختص بها مجلس

---

(٨٣٠) راجع علي محمود الكرباسي، رقم ٢٤لسنة١٩٦٠.

(٨٣١) تم ألغاء هذا القانون بموجب المادة٢٥من قانون أنضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي(١٤)لسنة١٩٩٠والمشار اليه سابقا .

(٨٣٢) د.محمد ظاهر معروف،مجلس ألأنضباط العام، مقال منشور في مجلة الحقوقي، العددان ٢-٣/ص٥،سنة ١٩٧٣، ص٥٦ ص٧٢ بالأشارة الى ص٦١.

(٨٣٣) ويقابل مجلس الأنضباط العام في مصر قضاء التأديب فهي الجهة التي تتولى بمقتضى القانون اختصاص توقيع العقوبات التأديبية المتضمنة على الحرمان من التمتع ببعض أو كل المزايا الوظيفية بصفة دائمة أو مؤقتة في ضوء شروط محددة قانونا عند أرتكاب الموظف ما يخل بواجبات الوظيفة.كما يختص هذا القضاء بالنظر في شؤون الوظيفة ومسؤولية الموظفين تجاه الأدارة ويعقد بناءا على طلب من جهة الأدارة أو الموظف.

والرأي الراجح في الفقه المصري يؤكد أن قضاء التاديب هو جزء من قضاء الأداري في شكله وموضوعه وطبيعته- للتفصيل في هذا الموضوع انظر د. مصطفى العفيفي و د. بدرية جاسر، السلطة التأديبية بين الفاعلية والضمان، مطبعة حسان القاهرة، ١٩٨٢،ص٣٢- د. سليمان الطماوي، القضاء الأداري -قضاء التأديب، المصدر السابق، ص٤٣٣ص٤٣٤.

(٨٣٤) نشير هنا الى انا سوف لا نتعرض لدراسة كل ما يتعلق بمحكمة القضاء الاداري الوليد كي لا نخرج من اطار دراستنا، ونكتفي بالاشارة الى بعض جوانب هذا القضاء وفي الحدود التي تخدم بحثنا.

الانضباط العام كهيئة من هيئات مجلس شورى الدولة وفقا لقـــانون انضبـــاط موظفـــي الدولة والقطاع الاشتراكي وقانون الخدمة المدنية[٨٣٥].

ولابد من القول بأن اختصاص مجلس شورى الدولة بموجب قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥لسنة١٩٧٩ –والذي حل محل قانون ديوان التدوين القـــانوني رقـــم ٤٩ لسنة ١٩٣٣ –والمعدل بقانون رقم ١٥٦ لسنة ١٩٨٥كان محددا بـــالتقنين والقضـــاء الاداري للموظفين وابداء الرأي في الامور القانونية للدولة والقطاع الاشتراكي في ضوء السياسة التشريعية للدولة في مرحلـــة البنـــاء الاشـــتراكي وكـــانت اعمـــال المجلـــس سرية[٨٣٦]. ولكن بصدور القانون الاخير لمجلس الشورى الذي تشكلت بموجبه محكمـــة القضاء الاداري للفصل في قضايا المســـؤولية ومراقبـــة القـــرارات الاداريـــة تحقيقـــا للمشروعية فضلا عما يقدمه من مشورة قانونية باصداره للفتاوي القانونيـــة المهمـــة وتدقيقه لمشروعات القوانين ونصوص الاتفاقات والمعاهدات الدوليـــة، خـــرج النظـــام القضائي العراقي من دائرة النظام القضائي الموحد (النظام الانكلوسكسوني)، ليندرج في اطار النظام القضائي المزدوج، وللمرة الاولى تم انشاء قضاء اداري مستقل بنجاح بعـــد الفشل الذي اصاب المحاولات السابقة لانشاء مثل هذا القضاء[٨٣٧]، واصبحت هناك الـــى جانب جهة القضاء العادي التي تنحصر مهمتها برقابة مشروعية تصرفات الافـــراد أي مدى تطابقها مع القوانين النافذة، جهة القضاء الاداري التي تحقق المشروعية بمعناهـــا الواسع أي مبدأ خضوع الادارة والافراد للقانون.

---

(٨٣٥) انظر قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩، وزارة العدل، مطبعة العمال، بغداد، ١٩٩٠.

(٨٣٦) المادة الرابعة من قانون مجلس الشورى الدولة رقم ٦٥لسنة ١٩٧٩، وزارة العدل بغداد، ١٩٨١، ص٥.

(٨٣٧) وقد جرت محاولات عديدة لتبديل النظام القضائي الموحد في العراق الى نظام القضاء المزدوج وقد تم وضع اكـــثر مـــن مشروع لانشاء مجلس الدولة العراقي اسوة بمجلس الدولة الفرنسي. واولى هذه المحاولات بدأت في الفترة التي خضع فيـــها العراق للسيطرة العثمانية التي انشأت مجلس شورى الدولة واصدر عدة قوانين تتعلق بالقضاء الاداري طبقـــت في العـــراق. ولكن لم تثبت هذه المحاولات بسبب سيطرة الانجليز مع بداية عام ١٩١٤. وقد قدم مشروع لالغاء ديوان التدوين القـــانوني ليحل محله (مجلس الدولة) يتولى ولاية حسم المنازعات الادارية في عام ١٩٣٦. غير ان المستشار الانكليزي اشـــار برفـــض المشروع. كما قدمت مشاريع اخرى لانشاء قضاء اداري عراقي في الاعوام ١٩٥٠،١٩٥٣،١٩٥٤، ولكن لم يتم المصادقـة عليها من قبل مجلس الوزراء. وقضى الدستور المؤقت الصادر في ١٩ تموز ١٩٥٤ على اهمية انشاء مجلس الدولة، وقدمـــت وزارة العدل مشروع قانون لانشاء هذا المجلس الا انه ظل مجرد مشروع ولم يترجم الى واقع تطبيقي. واخيرا صـــدر قـــانون المحاكم الادراية رقم ١٤٠ لسنة ١٩٧٧ لكن اخفق في تحقيق إنشاء قضاء اداري مستقل كما سبق ذكرها.

راجع د. عبدالرحمن نورجان، المصدر السابق، ص٢٥٦ –كامل السامرائي، القضاء الاداري في العراق، مطبعة اسمـــاء، بغـــداد ١٩٦٣، ص د-هـ-عدنان الخطيب، المصدر السابق، ص٦٢–كما وارتفعت الاصوات المنادية بضرورة انشاء قضـــاء اداري في العراق على غرار فرنسا ومصر واتباع نظام القضاء المزدوج بعد فشل كل المحاولات السابقة للايجاده، ومن هؤلاء اساتذتنا د. سعدي اسماعيل البرزنجي ود. عبدالرحمن رحيم عبدالله –بحثهما الموسوم نظرات في النظام القانوني لانضباط موظفي الدولـــة في العراق، المرجع السابق، ص٧٨١.

وإذا كان القضاء الاداري بمثابة قيد على الادارة لصالح المشروعية، ومن خلالها حماية الحقوق والحريات الفردية، فانه في الوقت ذاته المدافع عن المصلحة العامة الهدف الاساسي التي تسعى الادارة الى تحقيقها[٨٣٨].

وعلى ذلك فقد نصت المادة السابعة فقرة ثانيا من قانون مجلس شورى الدولة الجديد على كيفية تشكيل محكمة القضاء الاداري ومكوناتها والاختصاصات المحددة لها، واسباب الطعن في الدعوى المختصة بها، والاجراءات التي تتبعها المحكمة فيما لم يرد بها نص خاص في هذا القانون حيث تطبق بشأنه احكام قانون المرافعات وقانون الرسوم العدلية ثم بينت مدى ولاية المحكمة للبت في الطعن المقدم اليها وان تكون لها الولاية برد الطعن او الغاء وتعديل القرار الاداري والحكم بالتعويض ان كان له مقتضى (م٧ثانيا).

وتمارس الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة مهام محكمة التمييز واختصاصاتها المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية عند النظر في قرارات محكمة القضاء الاداري ويكون قرارها الصادر نتيجة للطعن باتا وملزما (م٧-ثانيا). وفي ذلك جاء في حكم لهذه المحكمة من ان القرار التمييزي الصادر من الهيئة العامة للمجلس غير قابل للطعن به عن طريق طلب تصحيح القرار التمييزي[٨٣٩].

اما عند تنازع الاختصاص بين محكمة القضاء الاداري والمحاكم المدنية الاخرى فيكون المرجع في تحديده هيئة تتألف من ستة أعضاء يختار نصفهم رئيس محكمة التمييز من بين أعضاء المحكمة والنصف الاخر يختارهم رئيس مجلس شورى الدولة من بين أعضاء المجلس، ويترأس هذه الهيئة عند اجتماعها رئيس محكمة التمييز ويعتبر قرارها الصادر بالاتفاق او الاغلبية باتا وملزما. (م٧-رابعا).

اما نطاق اختصاص القضاء الاداري فقد تضمنته الفقرة(ء) من البند الثاني من المادة السابعة بقولها "تختص محكمة القضاء الاداري بالنظر في صحة الاوامر والقرارات الادارية التي تصدر من الموظفين والهيئات في دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي بعد نفاذ هذا القانون التي لم يعين مرجع للطعن فيها بناء على الطعن من ذي مصلحة معلومة وحالة وممكنة، ومع ذلك فان المصلحة المحتملة تكفي ان كان هناك ما يدعو الى التخوف من الحاق ضرر بذوي الشأن".

فالظاهر من هذا النص ان اختصاص محكمة القضاء الاداري محدد على سبيل الحصر بالاوامر والقرارات الادارية التي لم تعين لها جهة للطعن فيها فاذا ما تعين المرجع للطعن في القرار فلا تختص هذه المحكمة بنظرها [٨٤٠]،كما وان هذا القانون لم

---

(٨٣٨) د. فاروق احمد الخماس، محكمة القضاء الاداري في ضوء قانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩. بحثه في مجلة العلوم القانونية. العددان الاول والثاني، المجلد التاسع، ١٩٩٠، ص٢٠٣-ص٢٣٥، بالاشارة الى ص ٢٢٠-٢٢١.

(٨٣٩) رقم القرار ١٧/١٨/اداري /١٩٩١ -تاريخ القرار ١٩٩١/٥/١٩- الموسوعة العدلية اعداد علي ابراهيم الكرباسي. العدد الاول، ١٩٩١، ص١١٧.

(٨٤٠) وقد قضت محكمة القضاء الاداري بعدم اختصاصها في النظر بالامر المطعون فيه القاضي بترقين قيد الطالب (المدعي) اذ ان له مرجعا للطعن وهو الجامعة التي تتبعها الكلية عملا بحكم المادة ٣٨ من قانون وزارةالتعليم العالي والبحث العلمي -رقم القرار ٨/اضبارة ١٠/اداري. تمييز/١٩٩١ تاريخ القرار ١٩٩١/٢/١٧-الموسوعة العدلية، ع٢، ١٩٩٢، ص١٢.

يقم ببيان ماهية هذه الاوامر والقرارات التي لم يعين مرجع للطعن فيها لكي تختص هذه المحكمة بنظرها وفي هذا الصدد ذهب البعض[٨٤١].الى ان اختصاص محكمة القضاء الاداري كما هو وارد في م-٧ هو اختصاص محدود ومتواضع لكونها مختصة بالنظر في الطعون الادارية التي لم يرسم القانون طريقا آخر للطعن فيها.

ولكن الملاحظ ان هذا التحديد الذي يفهم من نص الفقرة -د- من م٧ لا ينسجم وميل المشرع في عدم تقيد اختصاص هذا القضاء وذلك عندما فسح المجال لمحكمة القضاء الاداري ليمتد اختصاصها الى كل تلك القرارات الادارية التي لم يعين مرجع للطعن فيها بنص صريح في القانون وفي هذا بلاشك توسيع من نطاق اختصاص هذا القضاء. كما ونص البند الخامس من م٧ على انه " لا تختص محكمة القضاء الاداري بالنظر في الطعون المتعلقة بما يأتي:-

أ-اعمال السيادة وتعتبر من اعمال السيادة المراسيم والقرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية.

ب- القرارات الادارية التي تتخذ تنفيذا لتوجيهات رئيس الجمهورية وفقا لصلاحيته الدستورية.

ج-القرارات الادارية التي رسم القانون طريقا للتظلم منها او الاعتراض عليها او الطعن فيها."

فبهذا النص يكون المشرع قد حدد الاعمال الخارجة من نطاق اختصاصها، وهذا ما يؤكد قصد المشرع وميله الى عدم جعل اختصاص هذا القضاء محددا بتلك الطائفة من القرارات.

وفيما يتعلق بمسائل التعويض عن الاعمال الادارية التي نحن بصددها، تختص محكمة القضاء الاداري بالنظر في قضايا التعويض عن القرارات الادارية غير المشروعة وذلك تبعا لدعوى الالغاء والتعديل للقرار الاداري.[٨٤٢]

ورغم ذلك فان الاختصاص بالنظر في قرارات تضمين الموظفين تكون لجهة القضاء العادي (محكمة البداءة) لا لمحكمة القضاء الاداري لان المادة (٦١) من القانون الخدمة المدنية جعلت المحاكم المدنية هي المرجع في الطعن بقرارات التضمين مما يخرج ذلك عن اختصاص محكمة القضاء الاداري[٨٤٣].

اما قضايا التعويض عن الاعمال المادية للادارة كحوادث السيارات التابعة للادارة او شق الترع او اقامة الجسور ....، فان اختصاص الفصل فيها لا يزال منعقدا لجهة

---

(٨٤١) في هذا المعنى انظر-د. عصام عبدالوهاب البرزنجي. بحثه الموسوم مجلس شورى الدولة وميلاد قضاء اداري عراقي. منشور في مجلة العلوم القانونية، العددان ١-٢، ١٩٩٠، ص١١٤ص١٨٦، بالاشارة الى ص١٥٢- د. شاب توما منصور، تعليقه على قرار الحكم (رقابة القضاء على الغاء الادارة لقرارها بادارها المنفردة)، مجلة القضاء العددان ١-٢، السنة ٤٦، ١٩٩١، ص٢٨٧ ص٢٩٦، بالاشارة الى ٢٩٦

(٨٤٢) تنص البند ط-فقرة ثانيا- من م٧ على انه " تبت المحكمة في الطعن المقدم اليها ولها ان تقرر رد الطعن او الغاء او تعديل الامر او القرار المطعون به مع الحكم بالتعويض ان كان له مقتضى بناءا على طلب المدعي. ويكون قرارها قابلا للطعن به تمييزا لدى الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة...".

(٨٤٣) رقم القرار ٨٥/قضاء اداري/٩١ في ٢٨/١١/١٩٩١، تاريخ القرار ٢٣/٢/١٩٩٢-الموسوعة العدلية، ع٥، ١٩٩٢، ص١١

القضاء العادي ولا يدخل في اختصاص محكمة القضاء الاداري بحسب النص. فقضت محكمة التمييز بمسؤولية المدير العام للمنشأة العامة لتوزيع كهرباء المحافظات وذلك بترك عمود الكهرباء بدون صيانة مما سبب احداث وفاة مورث المدعين، وقد قدر الخبراء التعويض المناسب للمتضررين فيكون ركون محكمة الموضوع الى الزام محدث الضرر اتجاها قانونيا سليما[٨٤٣]، وفي حكم اخر لها قررت مسؤولية البلدية بتعويض المدعي عن الاضرار التي لحقت به نتيجة هدم المنشآت العائدة له المشيدة على الارض المخصصة لاهل القرية وذلك لمخالفة موقعها للتصميم الاساسي للمدينة، دون ان تتخذ البلدية الاجراءات القانونية التي فرضتها عليها القوانين وقرار مجلس قيادة الثورة المرقم ٣٩٨ في ١٩٨٧/٦/٦ [٨٤٤].

هذا وان قواعد الاختصاص من النظام العام ينبغي مراعاتها ولو لم يدفع بها الخصوم فعلى جهتي القضاء العادي والاداري التقيد بها واصدار القرار على ضوء ذلك.[٨٤٥] فاذا تخلت جهة الادارة عن نظر قضية تختص بها قانونا واعادتها الى المحكمة المقامة لديها الدعوى للنظر فيها، فان على المحكمة ان تنظر وتفصل في الدعوى لان ذلك من الاختصاص الاصلي للقضاء لانه صاحب الولاية العامة على جميع الاشخاص الطبيعية والمعنوية للفصل في جميع المنازعات الا ما استثني منها بنص خاص[٨٤٦].

من كل ما تقدم يتضح لنا ان اختصاص محكمة القضاء الاداري في مجلس شورى الدولة هو اختصاص محدود ومتواضع مقارنة باختصاص مجلس الدولة الفرنسي الذي له الولاية العامة للفصل في المنازعات الادارية. وان هذا الاختصاص يشبه الى حد كبير اختصاص مجلس الدولة المصري قبل عام ١٩٧٢ أي قبل ان تقرر له الولاية العامة عندما كان اختصاصه محددا بمسائل التعويض عن القرارات الادارية فحسب دون الاعمال المادية كما سبق الاشارة اليه. ومن جانب اخر نجد ان المنازعات التي تعرض على هذه المحكمة وحتى في مجال القرارات الادارية غير المشروعة لا تشمل جميع القرارات وانما تقتصر على البعض منها، وفي هذا نقص واضح في مسلك المشرع العراقي بصدد ما اورده في قانون مجلس شورى الدولة الاخير. لذا نأمل من المشرع اعادة النظر في هذا القانون والعمل على توسيع اختصاصات محكمة القضاء الاداري بحيث يجعل لها الولاية العامة للنظر في جميع القرارات الادارية من حيث الطعن بالالغاء او التعويض (عدا ما يستثنى منها بنص خاص كاعمال السيادة). وذلك لأهمية القرارات الادارية اذا ما علمنا انها من اهم اساليب مباشرة الوظيفة العامة، ومظهر من ابرز مظاهر السلطات والامتيازات القانونية التي تتمتع بها الادارة، حيث تستطيع الادارة

---

(٨٤٣) رقم القرار ٢١٤/ا/حقوقية ٩١ تاريخ القرار ١٩٩١/١٠/١٤–الموسوعة العدلية، ع ٦، ١٩٩٢، ص١٠.

(٨٤٤) رقم القرار٨٢/رقم الاضبارة٢٨٤/موسعة اولى/٩١ تاريخ القرار١٩٩٢/٢/١٦–موسوعة العدلية، ع٧، ١٩٩٢،ص٧.

(٨٤٥) محكمة القضاء الاداري،رقم القرار١٦/رقم الاضبارة ١٧اداري تميز،١٩٩١تاريخ القرار١٩٩١/٥/١٩–الموسوعة العدلية، ع٣،١٩٩٢،ص١٢.

(٨٤٦) محكمة القضاء الاداري–هيئة عامة –رقم القرار ١٢٨رقم الاضبارة١٣٦/موسعة اولى في١٩٩١/٩/٢٤–الموسوعة العدلية، ع١١،١٩٩٣، ص١١.

بواسطة قراراتها ان تنشيء حقوقا وتفرض التزامات على الافراد، دون ان تتوقف على قبولهم، وهذا ما يجسد بوضوح فعالية وخطورة القرارات الادارية[٨٤٧].

ولما كانت الاعمال المادية للادارة لا تقل اهمية عن القرارات الادارية، فضلا عن انها(الاعمال المادية) تعتبر الاكثر مساسا بحقوق وحريات الافراد، لذا يكون ضروريا مد اختصاص محكمة القضاء الاداري ليشمل قضايا التعويض عن الاعمال المادية للادارة.

وبتحقق كل ذلك تكتمل صورة القضاء الاداري في العراق كما رسمت صورته في فرنسا. ومن ثم يمكنه ان يساهم في تطبيق وتطوير مباديء ونظريات القانون الاداري كما عني بأبتداعها قضاء مجلس الدولة الفرنسي.

---

(٨٤٧) للتفصيل في القرارات الادارية – انظر د. سامي جمال الدين، المصدر السابق، ص١٧٧–١٧٨– د. حسني درويش عبدالحميد، نهاية القرار الاداري عن غير طريق القضاء، دار الفكر العربي، ١٩٨١،ص١٧–١٨– د. محسن خليل، قضاء الالغاء، دار المطبوعات الجامعية، اسكندرية، ١٩٨٩، ص١٠–المستشار عبدالوهاب البنداوي، طرق الطعن في العقوبات التأديبية اداريا وقضائيا، دار الفكر العربي، بلا سنة طبع، ص١٥٧ ص١٥٩.

-الفصل الثاني-

القواعد الموضوعية التي تطبق على مسؤولية الادارة

تمهيد وتقسيم:-

كان القانون المدني وحتى ما بعد منتصف القرن الثامن عشر المرجع الاول للعلاقات القانونية التى كانت تنشأ فيما بين الافراد انفسهم او بينهم وبين الادارة. اذ لم يكن القانون الاداري قد ظهر، أي ان القضاء الاداري الفرنسي المتمثل بمجلس الدولة ومحكمة تنازع الاختصاص لم يشرعا بعد بأنشاء المبادئ والقواعد الادارية. ومن جهة اخرى فان قاعدة عدم مسؤولية الدولة التي سادت في العصور السابقة حالت بين الادارة وخضوعها لأية قواعد قانونية، ما لم تكن قد تجردت مختارة من صفتها كصاحبة السيادة وتصرفت كشخص عادي[٨٤٨].

وقد ارتبط ظهور قواعد المسؤولية الادارية بنشوء القضاء الاداري الذي استطاع فعلا ان يقيم قانونا اداريا مستقلا اصبح يمثل السبب المرجح لوجود هذا القضاء بعد ان زال سبب-وجوده التاريخي وهو حماية الادارة [٨٤٩].

فكانت القاعدة العامة في هذا المجال هي ان القواعد الموضوعية التي تحكم مسؤولية الادارة ترتبط بالقواعد التي تنظم الاختصاص القضائي، فاذا ما اخضعت قواعد الاختصاص دعوى مسؤولية الادارة الى جهة القضاء العادي فان القانون الذي يسود هذا القضاء هو الذي يطبق على المسائل التي تعرض عليه، في حين تكون قواعد القانون الاداري هي المطبقة اذا ما انعقد الاختصاص لجهة القضاء الاداري في الدولة[٨٥٠].

هكذا تصبح قضايا مسؤولية الادارة خاضعة لنوعين من القواعد، القواعد المدنية و القواعد الادارية، اعتمادا على جهة القضاء صاحبة الاختصاص.

و سوف نتكلم عن القواعد الموضوعية لمسؤولية الادارية في ثلاثة مباحث، نخصص المبحث الاول للكلام عن القواعد الموضوعية في فرنسا، ونفرد المبحث الثاني للكلام عن القواعد الموضوعية في مصر، اما المبحث الثالث فنعقده للكلام عن القواعد الموضوعية في العراق.

---

(٨٤٨) د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الاداري. مطبعة عين شمس.١٩٨٦.ص١٧.

(٨٤٩) د. ماجد راغب الحلو.المصدر السابق.ص١٧٩.

(٨٥٠) انظر د. سعاد الشرقاوي، المنازعات الادارية دار النهضة العربية. القاهرة. ١٩٧٦.ص٤٦-و د. محمود عاطف. المصدر السابق.ص١٧٩.

-المبحث الاول-

القواعد الموضوعية لمسؤولية الادارة في فرنسا

بعد ان استقر مبدأ مسؤولية الادارة في فرنسا، ثار خلاف حول القواعد التي تحكم هذه المسؤولية، هل هي ذات القواعد المقررة في القانون المدني و السائدة في العلاقات فيما بين الافراد، ام انها تخضع لقواعد اخرى مغايرة و مستقلة عن القواعد المدنية و بالتالي يمكن تطبيقها على منازعات الادارية كافة؟ فالقضاء العادي كان يرى ان هذه المسؤولية يجب ان تخضع للقواعد المدنية، واكدت محكمة النقض في احكامها ضرورة تطبيق م/١٣٨٤ مدني على قضايا مسؤولية الادارة بينما ذهب القضاء الاداري بعكس هذا الاتجاه اذ كان يرى ان لمسؤولية الادارة طبيعتها الخاصة و خصائصها المميزة مما يجعل من غير المعقول اخضاعها للقواعد المدنية موضحا ان لمسؤولية الادارة قواعد تختلف عن القواعد المدنية، و كان لحكم Rotchild الصادر عن محكمة التنازع في ٦ كانون الاول ١٨٥٥ و من بعده حكم Blanco ١٨٧٣ دورا اساسيا في ابراز استقلال قواعد المسؤوليتين المدنية و الادارية[851].

تبعا لذلك اصبح هناك ازدواج في القواعد التي تحكم مسؤولية الادارة كل منها مختلفة عن الاخرى و مستقلة عنها، قواعد مقررة في القانون المدني من جهة، و قواعد مقررة في القانون الاداري من جهة اخرى.

ولكن تقرير اية قواعد قانونية يلزم تطبيقها في مجال مسؤولية الادارة لم يكن امرا سهلا، حيث ثار بصدد ذلك في بادئ الامر خلافات حادة على صعيد الاجتهاد و الفقه، و تعددت حوله اراء الفقهاء،و بالتالي تولد عنها اتجاهان فقهيان، الاتجاه الاول يرى ضرورة تطبيق قواعد القانون الاداري على قضايا مسؤولية الإدارة،و سموا بأنصار حكم بلانكو و الاتجاه الثاني رأى عكس ما ذهب اليه الاول و طالب بتطبيق قواعد القانون المدني على تلك القضايا، و هؤلاء هم المعارضون لحكم بلانكو[852]. وقد تذرع انصار كل اتجاه بحججهم كما يلي:-

اولا:-الحجج التي استند اليها انصار تطبيق قواعد القانون الاداري على قضايا مسؤولية الادارة.

<u>الحجة الاولى</u>-قال بها Leferriere و تتلخص في ان نصوص القانون المدني المطبقة على مسائل التعويض ضد الادارة هي المواد (١٣٨٢-١٣٨٤)و التي لايمكنها ان تحكم القضايا الادارية، لانها تتكلم عن مسؤولية الانسان (L' homme)و لفظ الانسان لا يشمل الاشخاص المعنوية العامة (الادارة) و إن جاز ان ينصرف الى الاشخاص المعنوية الخاصة.و هذا التفسير يكون متفقا و منسجما مع قصد واضعي القانون المدني

---

(٨٥١) انظر د. محمد الشافعي، المصدر السابق،ص٣٢٠-و د. سليمان الطماوي، القضاء الاداري-قضاء التعويض، المصدر السابق،ص١١٠.

(٨٥٢) انظر د. سعاد الشرقاوي، القضاء الاداري، المصدر السابق،ص١٠.

الفرنسي. و من جانب اخر فأن مسؤولية الاشخاص العامة لم تكن مقررة ابان تشريع هذا القانون في مطلع القرن التاسع عشر، فيكون من غير المنطقي ان يتكلم المشرع عن مسؤولية هذه الاشخاص في وقت لم تكن تلك المسؤولية قد تقررت[٨٥٣].

<u>الحجة الثانية:-</u> ان قواعد القانون المدني التي يراد تطبيقها على مسؤولية الادارة هي المادة ١٣٨٤ مدني فرنسي و التي تنظم علاقة المتبوع بالتابع و هذه العلاقة هي علاقة تعاقدية في حين ان العلاقة بين الادارة و موظفيها هي علاقة تنظيمية[٨٥٤]. لذلك يجب استبعاد القواعد المدنية من هذا المجال والاستعانة بقواعد القانون الاداري فضلا عن أن الاداري كشخص معنوي عام يعمل من خلال افراد يكون البعض منهم رؤساء يشغلون مراكز وظيفية عالية في الجهاز الاداري فلا يمكن اعتبارهم باي حال تابعين للادارة حتى يخضعوا للقواعد المدنية (م١٣٨٤) مدني فرنسي لأنهم ممثلون عن الادارة تذوب شخصيتهم في كيانها[٨٥٥].

<u>الحجة الثالثة:-</u> قال بها الفقهاء Hauriou Duez,Appelen و مؤداها ان قواعد القانون المدني قاصرة عن رعاية مصلحة المضرور، عاجزة عن مواجهة جميع حالات مسؤولية الادارة، من ذلك حالة عدم امكان اسناد الخطأ الى موظف معين او الى مجموعة من الموظفين بعينهم، فتكون قواعد مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع عاجزة عن اسعاف المضرور فيحرم بالتالي من حقه في رفع الدعوى ضد جهة الادارة[٨٥٦].

<u>الحجة الرابعة:-</u> اعمالا لمبدأ الفصل بين السلطات و لضمان استقلال القواعد الادارية و حماية للادارة و نشاطها من اعتداء السلطة القضائية، يجب منع المحاكم القضائية من مد اختصاصها الى قضايا مسؤولية الادارة و بالتالي العمل دون تطبيق قواعد المسؤولية

---

(٨٥٣) راجع د. مصطفى كامل، شرح القانون الاداري،ط١، مطبعة النجاح، بغداد، ١٩٤٩،ص٢٦٢-د. سليمان طماوي، دروس في القضاء الاداري، المصدر السابق، ص٤٤-د. محمود عاطف، المصدر السابق،ص١٧٦.

(٨٥٤) لابد ان نذكر ان علاقة الموظف بالدولة لم تكن ذات طبيعة قانونية واحدة منذ البدء اذ مرت بمراحل عديدة، فقد اعتبرت انها علاقة تعاقدية خاصة تحكمها قواعد القانون المدني قبل انشاء مجلس الدولة الفرنسي اذ كانت محكومة بالمادة ١٣٨٤ مدني فرنسي، ثم اعتبرت انها علاقة تعاقدية محكومة بقواعد القانون العام. و في تطور لاحق اعتبرت انها علاقة تنظيمية محكومة بالقوانين و اللوائح الادارية فخرجت بالتالي من اطار العلاقة التعاقدية سواء بوصفها عقد القانون العام او عقد القانون الخاص. انظر د. محمود محمد حافظ، القرار الاداري، المصدر السابق،ص١٦ و ما بعدها- د. عبد الحميد كمال الحشيش، دراسات في الوظيفة العامة في النظام الفرنسي/ مكتبة القاهرة الحديثة، ١٩٧٤، ص٥٤- عبد الغني بسيوني، المصدر السابق، ص٢٠٢ د. شاب توما منصور، القانون الاداري، الكتاب الثاني، ط١، بغداد، ١٩٨٠، ص٢٩١.

(٨٥٥) -العميد ليون ديكي، دروس في القانون العام، المصدر السابق، ص٢٦ وما بعدها -د. مصطفى كامل، المصدر السابق،ص ٢٦٢.

(٨٥٦) انظر دروس الاستاذ روسو التي القاها على طلبة دبلوم القانون العام في جامعة باريس، سنة ١٩٤٢-١٩٤٨،ص٨٥ و ما بعدها مشار اليها في مؤلف د. سليمان الطماوي، القضاء الاداري-قضاء التعويض، المصدر السابق،ص١١٢.

المدنية عليها[٨٥٧]. و على هذا الاساس فان المرافق العامة الادارية تخضع دائما و بصفة اساسية لمبادئ و احكام القانون الاداري بمعنى انها تدار وفقا لأساليب القانون العام و من ثم يختص القضاء الاداري بقضاياها لان القضاء العادي لا يملك السلطة اللازمة للحكم على الادارة[٨٥٩].

ثانيا:الردود التي قدمها انصار تطبيق قواعد القانون المدني على قضايا مسؤولية الادارة.

على الرغم من وجاهة الحجج التي اوردها انصار تطبيق القواعد الادارية و استبعاد القواعد المدنية من نطاق مسؤولية الادارة، الا ان انصار هذا الاتجاه استطاعوا الرد على تلك الحجج و الدفاع عن وحدة قواعد المسؤولية، و صلاحية قواعد المسؤولية المدنية للتطبيق على الادارة.

وفي معرض الرد على الحجة الاولى- القائلة بعدم امكان تطبيق قواعد القانون المدني على قضايا التعويض ضد الادارة لكون تلك القواعد تخاطب الانسان لا الاشخاص المعنوية اجابوا بأن ذلك قول لا يمكن القبول به ذلك لان التفسير الحرفي لكلمة L'hommes الواردة في نص القانون يعني الرجال- وكما نعلم فان القانون يخاطب الاشخاص و ليس الرجال، كما ان هذا التفسير يفترض عدم شمول النص للنساء في حكمه، و هي نتيجة في غاية الشذوذ. فضلا عن إن الاستاذ لا فريار نفسه الذي أورد هذه الحجة عاد الى القول بإمكانية تطبيق النصوص المدنية على الاشخاص المعنوية الخاصة و لا نشك ان هؤلاء الاشخاص ليسوا من نوع الانسان لذا فان هذه الحجة تتناقض مع نفسها في المضمون و تعارض المنطق السليم، فلا يمكن التسليم بها[٨٥٢].

وفيما يتعلق بالحجة الثانية القائلة بان القواعد المدنية لا يمكنها ان تحكم مسؤولية الادارة لاختلاف طبيعة العلاقة في حالة الموظف و الادارة عنها في حالة المتبوع و التابع، فقد ذهب انصار هذا الاتجاه الى ان علاقة الموظف بالادارة و ان كانت علاقة تنظيمية عامة و ليست علاقة تعاقدية كالتي تربط المتبوع بالتابع الا ان الذي يجمعهما هو حق الادارة و المتبوع في رقابة و توجيه كل من الموظف و التابع و هذه هي مناط مسؤولية الشخص عن الفعل الغير[٨٦٠].

ونحن نؤيد ذلك ونقول ان كلتا المسؤوليتين المدنية و الادارية تجمعهما الوسيلة وهي الرقابة و الاشراف التي تمارسها الادارة او المتبوع، لكن وحدة الوسيلة لا تعني بالضرورة وحدة القواعد القانونية اذ ان القواعد القانونية يجب ان تكون متلائمة مع طبيعة العلاقات القانونية، و حيث ان علاقة الموظف قد تغيرت من علاقة تعاقدية الى علاقة تنظيمية فنرى ضرورة وجود قواعد اخرى تتميز عن قواعد المسؤولية المدنية.

---

[٨٥٧] راجع د. محمد فؤاد مهنا، المسؤولية الادارية، المصدر السابق،ص٢٢٩-د. سليمان الطماوي،ص١١٢-د. محمود عاطف، المصدر السابق،ص١٧٧.

[٨٥٩] H.L. Mazeaud et Andre tunc, op.cit.p.963.

[٨٦٠] د. محمد فؤاد مهنا، المسؤولية الادارية..، المصدر السابق،ص٢٣١-و انظر ايضا د. محمود عاطف، المصدر السابق،ص١٧٨-د.سعاد الشرقاوي، المنازعات الادارية، المصدر السابق.ص٤٩.

اما بخصوص عدم شمول النصوص المدنية في احكامها الموظفين ذوي الدرجات الوظيفية العالية(الممثلين)باعتبار انهم ليسوا تابعين بل تختلط شخصيتهم بشخصية الادارة.

فيرد انصار تطبيق القواعد المدنية على ذلك بالقول بأن المادة ١٣٨٤من التقنين الفرنسي لا يمكن ان تكون الا مسؤولية عن فعل الغير وبما ان الادارة كشخص معنوي عام ليس بإمكانها ممارسة اعمالها الا بواسطة اشخاص طبيعيين فلابد ان تكون مسؤوليتها في كل الاحوال عن فعل هؤلاء الاشخاص أي عن فعل الغير. هذا من جهة، كما أنه ليس من الحتمي اسناد مسؤولية الادارة الى المادة ١٣٨٤ المتعلقة بالمسؤولية التبعية،بل يمكن اسنادها الى المادة ١٣٨٢ أي اقامتها على اساس الخطأ المباشر، من جهة اخرى [٨٦١].

الا اننا لانتفق مع ما جاء في الشطر الاول من هذا الرد في ضرورة كون مسؤولية الشخص المعنوي العام في كل الاحوال مسؤولية عن فعل الغير، لأنه وكما سبق القول بأن الادارة يمكنها ارتكاب الخطاء وهذا هو السبب في ان قضاء مجلس الدولة الفرنسي أبتدع نظرية التمييز بين الخطأ الشخصي و الخطأ المرفقي، اذ ان الاخير يعني ان الادارة هي التي ارتكبت الخطأ وان صدر عن الموظف من الناحية المادية.

وفي معرض الرد على الحجة الثالثة و المستندة على قصور القواعد المدنية عن مراعاة مصلحة المضرور عندما يكون مرتكب الخطأ مجهولا، يقول أنصار تطبيق القواعد المدنية بان القانون المدني كما هو الحال بالنسبة للقانون الاداري لايشترط لتقرير مسؤولية المتبوع او الادارة وجوب اثبات المضرور لخطأ تابع او موظف معين، وانما يكفي اثبات وقوع الخطأ ليترتب مسؤولية المتبوع او الادارة وان كان التابع او الموظف مرتكب الخطأ مجهول، فيزول بذلك كل اختلاف بين القانونين المدني والاداري في هذا المجال[٨٦٢].

وفيما يتعلق بالحجة الرابعة التي تجعل مبدأ الفصل بين السلطات وحماية استقلالية الادارة مرهونة بعدم تطبيق القواعد المدنية في مجال مسؤولية الادارة أي منع جهة القضاء العادي من النظر في قضايا مسؤولية الادارة، فيرد البعض عليها بالقول بان الحكم بمسؤولية الادارة هو في الحقيقة اقرار وتسجيل لمديونية الادارة ولا فرق بين ان يصدر هذا الاقرار عن القضاء العادي او القضاء الاداري[٨٦٣]، واذا كان تقرير مديونية الادارة بسبب خطئها يمكن ان يصحبه او يتبعه اضطراب او ازعاج او مسؤولية الادارة فان هذا الاضطراب او الازعاج او المسؤولية ليس مصدره القضاء ولا نتيجة لحكم القضاء لان مهمة القضاء تنتهي بمجرد اقرار المديونية. اما حقيقة الازعاج او الاضطراب الذي يمكن ان يحدث بالنسبة للادارة فتنحصر في ان التعويض يدفع من ميزانية المصلحة او الجهة الادارية التي وقع منها ألخطأ. فإذا ما زادت اخطاء جهة

---

[٨٦١] انظر د. سليمان الطماوي، القضاء الاداري-قضاء التعويض..،المصدر السابق،ص١١٢-و د. سعاد الشرقاوي، المنازعات الادارية، المصدر السابق،ص٤٧-٤٩.

[٨٦٢] Rene Chapus,Op.Cit.p.235.No.221.

[٨٦٣] انظر د. محمود عاطف، المصدر السابق،ص١٧٧-د. مصطفى كامل، المصدر السابق،ص٢٦٣.

الادارة، وإضطرت الى طلب اعتماد جديد في ميزانيتها لسداد التعويضات، فانها تكون عرضة للمساءلة امام وزارة المالية او البرلمان او الرأى العام[٨٦٤].

لذا فان حماية استقلال الادارة ومنع اضطراب اعمالها لا تعتمد على نوع القواعد المطبقة بشأنها او القضاء صاحب الاختصاص، وانما يكمن ذلك في اسباب تتعلق بالسياسة الادارية كما اشرنا اليها اعلاه.

و ازاء هذا الوضع من عدم استقرار الفقه و التعارض بين جهتي القضاء بصدد القواعد التي تحكم مسؤولية الادارة كان من الضروري ان تتدخل محكمة التنازع الفرنسية لتضع حلا لهذه المسألة التي اختلفت بشأنها الاراء، وبالفعل فقد تدخلت محكمة التنازع بمناسبة حكمها في قضية بلانكو سنة ١٨٧٣[٨٦٥]، مقررة فيه وجهة نظر مجلس الدولة على اطلاقها في عدم اخضاع المنازعات الادارية لأحكام المسؤولية المقررة في القانون المدني، واستقلال احكام المسؤولية الادارية[٨٦٦].

و مهما يكن من امر فقد استقر الوضع القانوني في فرنسا على اثر هذا الحكم، والتزمته محكمة النقض في احكامها، وتبعتها في ذلك سائر المحاكم القضائية.

ولكن بالرغم من ذلك فان الخلاف ظل قائما بين الفقهاء حول طبيعة القواعد التي يجب ان تحكم مسؤولية الادارة، الا ان مجلس الدولة الفرنسي استمر في موقفه الداعي الى ضرورة تطبيق قواعد المسؤولية الادارية على جميع المنازعات الادارية بعكس القضاء العادي الذي كان يطبق قواعد المسؤولية المدنية على كافة المنازعات سواء المدنية منها أو الادارية[٨٦٧].

اما الاسباب التي استند اليها مجلس الدولة الفرنسي في موقفه هذا، فانها ترجع لسياسته القضائية في عدم التقيد مسبقا بقواعد جامدة، واستنباط هذه القواعد من مقتضيات الواقع الاداري ليحتفظ لنفسه بحرية حركة و التطور الذي تقتضيه طبيعة المنازعات الادارية، يضاف اليه ان الاوضاع الادارية في فرنسا كانت تسودها مبدأ عدم مسؤولية السلطة العامة ولكن تغير الوضع بعد ذلك عندما اقر مجلس الدولة الفرنسي مبدأ المسؤولية الادارية بصفة عامة فأراد في بادئ الامر ان يلطف من حدته بعدم إعمال قواعد المسؤولية المدنية في مجال الادارة لكونها تعادي مصلحة الخزانة وتتعارض مع حسن سير المرافق العامة، وان المصلحة تقتضي فسح المجال امام

---

(٨٦٤) Just Luchet: L arret Blanco, 1935, (these de octorat). P.275-276.
مشار اليه في مؤلف د.محمد فؤاد مهنا ،المسؤولية ...، المصدر السابق، ص٢٣٢.

(٨٦٥) وتتلخص وقائع القضية في ان الصغيرة Agnes Blanco صدمتها احدى العربات التابعة لمصنع التبغ المملوك للدولة، فحرك والد الصغيرة دعوة تعويض امام القضاء العادي مستندا الى قواعد القانون المدني في التعويض فدفع مدير المقاطعة بعدم اختصاص القضاء العادي بنظر هذه الدعوة، فعرضت الدعوة على محكمة التنازع فقضت بصحة الدفع و ان الاختصاص ينعقد للقضاء الاداري و حده بإعتبار ان المسؤولية تتعلق بالمرفق العام.راجع د. سعاد الطماوي، القضاء الاداري، المصدر السابق، ص١١٣.

(٨٦٦) د. سليمان طماوي، القضاء الاداري، المصدر السابق،١٧٩.

(٨٦٧) د.محمد شافعي أبو الراس، المصدر السابق،ص١٥٧-د.محمود عاطف،المصدر السابق،ص١٦٥.

مجلس الدولة لينشئ قواعد جديدة لمسؤولية الادارة وليستبعد القواعد المدنية من هذا المجال[٨٦٨].

وبعد كل ذلك يمكن تصنيف القواعد الموضوعية التي تحكم مسؤولية الادارة في فرنسا بما يلي:-

١-القواعد التي اسسها مجلس الدولة الفرنسي والتي صاغها من خلال احكامه في قضايا المسؤولية وعلى اساس تلك القواعد اقام الفقهاء مبادئ للمسؤولية اطلق عليها (القانون العام للمسؤولية).

٢-قواعد القانون المدني وتحكم قضايا مسؤولية الادارة كلما نص المشرع على اختصاص المحاكم القضائية بها. ومن ذلك قضايا المسؤولية الناتجة عن نشاط المصالح العامة ذات الصبغة التجارية او الصناعة وكذلك المسؤولية عن اعمال الغصب و الاعتداء المادي، كما تخضع مسؤولية الادارة للقواعد المدنية اذا ما رفعت الدعوى تبعا للدعوى الجزائية و الثابت ان مجلس الدولة قد اعمل هذه القواعد في الحوادث التي كانت تؤدي الى قيام مسؤولية الادارة عن اضرار التي تلحق بالأفراد وهم ينقلون مجانا في سيارات تابعة لجهة الادارة[٨٦٩].

٣-الطائفة الثالثة من قواعد التي تحكم مسؤولية الادارة هي تلك التي تنظمها قوانين خاصة ويطلق عليها الفقهاء (النظام القانوني للمسؤولية)، وهذه تختلف عن القواعد العامة المدنية و الادارية في ان بعضها يعفي من المسؤولية (كقانون مرفق البريد للسنة الخامسة من الثورة الفرنسية) وبعضها الاخر يوسع من نطاقها (كالقوانين الخاصة بأضرار الحرب و الاضرار الناجمة عن المظاهرات و اعمال الشغب). وهناك قوانين تحدد من المسؤولية عند توفر شروط معينة و منها ما يستبدل بمسؤولية الموظف مسؤولية الادارة (كأحلال وزارة التعليم محل المعلمين عن الاضرار الناجمة عن مزاولة واجباتهم الوظيفية)[٨٧٠].

هكذا يتبين لنا ان مسؤولية الادارة تحكمها قواعد متباينة، ويقوم مجلس الدولة الفرنسي بتطبيق هذه القواعد على قضايا المسؤولية دون تقيده في ذلك بضابط معين، وهذا بلاشك يكشف عن سر قوة ونجاح هذا القضاء وقدرته على مسايرة الاحداث و التطورات في مجال الادارة.

وفي الفترة الاخيرة ظهر اتجاه في القانون يهدف الى تقريب قواعد المسؤولية المدنية و قواعد المسؤولية الادارية، ومن ذلك اقرار المسؤولية المفترضة بجانب الادارة عن المخاطر الناجمة عن استعمال وسائل النقل مشابهة في ذلك للإفتراض الذي قررته المادة ١٣٨٤ من التقنين و الخاصة بمسؤولية حارس الاشياء من الاضرار الواقعة بسبب استعمال هذه الاشياء. ومن ذلك ايضا ما اقره مجلس الدولة من مسؤولية الادارة عن الاعمال الضارة لموظفيها و الناتجة عن مخالفتهم للأوامر الادارية المماثلة

---

[٨٦٨] انظر د. سعاد الشرقاوي،ص٦٠-٦١- وايضا د.مصطفى كامل، المصدر السابق،ص٢٦٣.

[٨٦٩] انظر سليمان الطماوي،دروس في القضاء الاداري، المصدر السابق،ص٤٧-د.ماجد راغب الحلو،المصدر السابق،ص١٧٢-١٧٣.

[٨٧٠] انظر د. سليمان الطماوي،ص٤٨.

لأحكام الصادرة عن محكمة النقض بشأن مسؤولية المتبوعين عن تجاوز التابعين لحدود وظائفهم[٨٧١].

ولكن اذا كان صحيحا من حيث المبدأ اخضاع المنازعات الادارية لقواعد المسؤولية الادارية و اخضاع المنازعات التي تنشأ في نطاق القانون الخاص بين الافراد لقواعد القانون المدني الا ان ذلك لا يمنع في أن تطبق قواعد احدى المسؤوليتين على القضايا التي تدخل في نطاق قواعد المسؤولية الاخرى. و الدليل على ذلك محكمة السين الفرنسية التي هي محكمة ضمن القضاء العادي قد لجأت الى تطبيق قواعد المسؤولية الادارية في قضية د.جيري[٨٧٢]، رغم ان قواعد المسؤوليتين المدنية و الادارية قائمة و موجودة في فرنسا و مع ذلك فان المحكمة قد اخضعت هذا النزاع الى قواعد المسؤولية الادارية لان ظروف القضية كانت تستوجب تطبيق هذه القواعد عليها.

وبذلك يتضح لنا ان القضاء ليس ملزما دائما بتطبيق نوع معين من قواعد المسؤولية كأن يطبق قواعد المسؤولية المدنية دائما على المنازعات التي تنشأ في اطار القانون الخاص.

---

(٨٧١)Vedel, droil administrati f, 3. ed, thesis, paris, 1964,p.249-250

(٨٧٢) وتتخلص وقائع القضية في ان د. جيري توجه بأمر من الشرطة القضائية الى فندق ليقدم تقريره عن نزلاء ماتوا اختناق بسبب الغاز، واثناء قيامه بفحص الجثث، حدث انفجار شديد في فندق ادى الى اصابته بجروح، و لم يشأ الطبيب مطالبة اصحاب الفندق بالتعويض لانهم ايضا ماتوا في الحادث ولا لورثتهم لكون ذممهم لم تكن عامرة فتوجه بدعوى الى الدولة امام محكمة السين المدنية ولكن المدعي لم يتمكن من اثبات خطأ الدولة او رجال الشرطة و بموجب القواعد المدنية ينبغي رفض دعواه. ولكن المحكمة استعانت القواعد الادارية في المسؤولية فقضت بالتعويض للمدعي استنادا الى نظرية المخاطر. فأيدت محكمة النقض قرار محكمة السين المدنية. انظر د. شاب توما منصور، القانون الاداري في العراق واتجاهات محكمة التمييز، بحثه في مجلة القانون المقارن، ع٢،س٢، ١٩٦٨،ص١٠٣ص١٢٩ بالاشارة الى ص١١٦- انظر ايضا د. سعاد الشرقاوي، القضاء الاداري، المصدر السابق،ص١٠.

-المبحث الثاني-

القواعد الموضوعية لمسؤولية الادارة في مصر

ان الموقف في مصر بالنسبة للقواعد التي تطبقها كل جهة من جهتي القضاء على دعاوي مسؤولية الادارة، هو ان القضاء العادي يلزم بتطبيق قواعد المسؤولية المنصوص عليها في القانون المدني على الدعاوي التي تدخل في اختصاصه، بينما يحاول مجلس الدولة المصري التحلل من هذه القواعد لتحل محلها قواعد أخرى تمليها طبيعة المنازعات الادارية. فهو يطبق في الدعاوي التي تدخل ضمن اختصاصه القواعد و النظريات التي وضعها مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد، مستعينا في قضائه هذا بقواعد المسؤولية المنصوص عليها في القانون المدني و على الاخص المادة ١٧٤ المتعلقة بالمسؤولية التبعية و ذلك لعدم نضوج القواعد الادارية في مصر كي تطبق وحدها على المسائل الادارية[٨٧٣]، هذا وان مجلس الدولة المصري لم يساير زميله الفرنسي في التطور الذي أحدثه خصوصا في مجال مسؤولية الادارة بحجة ان النصوص المدنية كافية ويمكن تطبيقها على الافراد و الادارة على حد سواء فلا داعي لخلق نظرية ادارية لمسؤولية الدولة وبقية الاشخاص العامة. مع الأخذ بالأعتبار حداثة عهد هذا القضاء نسبة لمجلس الدولة الفرنسي الذي يسبقه بأكثر من قرن من الزمان[٨٧٤].

وفي الواقع أن المحاكم العادية المصرية و على رأسها محكمة النقض لم تتردد اول الامر في اعتبار القواعد المدنية قواعد عامة لحكم مسؤولية الادارة، فلائحة ترتيب المحاكم المختلطة و الوطنية، التي ولدت مع المحاكم الحديثة، نصت صراحة على اختصاص تلك المحاكم بنظر قضايا مسؤولية الادارة ومن ثم لا يمكن ان يقال ان قواعد القانون المدني في المسؤولية مقصورة على الافراد ولم يضعها المشرع لكي تحكم المنازعات الادارية، لان المشرع وهو ينص في لائحة ترتيب المحاكم على اختصاصها بهذا النوع من المسؤولية لو انصرف ذهنه الى هذا المعنى، لوضع لتلك المحاكم قواعد خاصة تطبقها على القضايا الادارية، ولكنه لم يفعل ذلك فيكون قد احالها الى القواعد المدنية في هذا الصدد.

كما ورفضت هذه المحاكم ان تنساق وراء ما دعتها اليه الحكومة على لسان محامي اقلام القضايا من ضرورة الأخذ بالمباديء المقررة في فرنسا من التفرقة بين الخطأ الشخصي والمرفقي ومن ذلك حكم محكمة النقض في ١٠ نيسان ١٩٣٣ الذي نص على"...ان الحكم المطعون فيه اخطأ في تطبيق القانون اذ قضى بمسؤولية الحكومة مدنيا عما وقع من المتهم استنادا الى نصوص القانون المدني الخاص بالمسؤولية

---

(٨٧٣) انظر في هذا المجال د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الاداري، المصدر السابق، ص١٨- د. سامي جمال الدين، المصدر السابق،ص١٧- د. سليمان طماوي، القضاء الاداري- قضاء التعويض، المصدر السابق،ص١١٦.

(٨٧٤) د. احمد عبد القادر الجمال، القانون الاداري المصري و المقارن، ج١، ١٩٥٥، ص٢٩.

التبعية، مع ان مسؤولية الحكومة لاتصح ان تبنى على قواعد القانون المدني، وانما يجب الرجوع فيها الى قواعد القانون العام"[٨٧٥].

ولم يتغير الحال في القانون المدني الحالي ولا في قانون نظام القضاء ولا في قانون السلطة القضائية رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩ ولا في القوانين اللاحقة، واستمر هذا المسلك ساريا بالنسبة للمحاكم العادية بعكس مجلس الدولة المصري الذي بدأ يستبعد تطبيق القواعد المدنية لنفس الاعتبارات التي استند اليها مجلس الدولة الفرنسي[٨٧٦].

و القول الصحيح في هذا الموضوع هو ان المحاكم العادية وان كانت قد اعتادت على تطبيق القانون المدني على مسائل التعويض الموجهة ضد الادارة الا انه ليس هناك أي نص لا في قانون نظام القضاء الحالي أو السابق في قانون السلطة القضائية الحالي(رقم ٤٣لسنة ١٩٦٥) تلزم هذه المحاكم بتطبيق القواعد المدنية على تلك المنازعات وتمنعها من الالتجاء الى قواعد المسؤولية الادارية[٨٧٧].

اما مفهوم القواعد الادارية للمسؤولية في مصر سواء لدى القضاء الاداري او الفقه فهو نفس المفهوم الفرنسي كما وان ذات التبريرات التي اعطيت له في فرنسا تمسك بها الفقه والقضاء في مصر،يضاف اليه ان هذا القضاء لم يثبت جدارته في خلق نظريات وقواعد ادارية غير تلك المعروفة لدى مجلس الدولة الفرنسي[٨٧٨].

---

(٨٧٥) حسن الفكهاني، مرجع السابق،ص٤٢.

(٨٧٦) انظر د. محمد مهنا، حقوق الافراد..، المصدر السابق،ص٤٢٩ -و ايضا د. سليمان طماوي، القضاء الاداري- قضاء التعويض..، المصدر السابق، ص٢٦٠-٢٦١.

(٨٧٧) د. شاب توما منصور، القانون الاداري، الكتاب الاول، المصدر السابق،ص٢٢-٢٣.

(٨٧٨) د. رياض عيسى، المصدر السابق،ص٥٤.

-المبحث الثالث-

القواعد الموضوعية لمسؤولية الادارة في العراق

ان القواعد الموضوعية التي تطبقها المحاكم العراقية على قضايا مسؤولية الادارة لم يكن أمرها واضحا، اذ لم تكن هناك وحتى وقت قريب سوى جهة قضائية واحدة تختص بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين الافراد او بينهم وبين الادارة وهي جهة القضاء العادي. وقد ثار خلاف في الفقه العراقي بشأن مدى صلاحية هذه الجهة لتطبيق قواعد ومباديء القانون الاداري على تلك المسائل وهذا الخلاف كان ذا صلة وثيقة بالمشكلة الاساسية السائدة في الفقة المقارن بشأن وجود او عدم وجود القانون الاداري في الدول ذات نظام القضاء الموحد، أي الدول التي لا توجد فيها محاكم ادارية على غرار النظام القضائي الفرنسي.

وبصدد ذلك يكاد اجماع الفقهاء ينعقد على وجود القانون الاداري بمعناه الواسع[٨٧٩]، في كل دولة وان لم تخصص قضاء مستقلا للفصل في المنازعات الادارية (كالعراق قبل عام ١٩٨٩، ومصر قبل عام ١٩٤٦ و فرنسا قبل عام ١٧٩٧). وهذا يعني ان القضاء الاداري بمعناه الواسع ليس منعدما في هذه الدول أي الفصل قضائيا في المنازعات الادارية دون النظر الى الجهة القضائية التي تتولى هذا الفصل ولا الى نوع القواعد التي تطبقها هذه الجهة القضائية فالعبرة في هذا المدلول بطابع الخصومة كونها ادارية أي الادارة العامة طرفا فيها دون غيرها من الضوابط[٨٨٠].

ولكن الخلاف اثير حول وجود القانون الاداري بمعناه الضيق[٨٨٢]، في الدول ذات النظام القضائي الموحد، اذ ان قواعد هذا القانون من نتاج القضاء الاداري الفرنسي، لذا لا يمكن بناء مفهومه الا من خلال الاحكام القضائية التي تصدرها جهة القضاء الاداري في الدولة وقد انقسم الفقه في ذلك الى اتجاهين منهم، من يرى عدم وجود قواعد القانون الاداري بمفهومه الفرنسي (المعنى الضيق) في الدولة ما لم تكن هناك جهة قضاء اداري متخصصة في القضايا الادارية. ومن ابرز انصار هذا الاتجاه الفقيه الانجليزي داسي Dicey فهو يقول" ان انجلترا و الدول التي اخذت عنها مدنيتها

---

(٨٧٩) تم تحديد المفهوم الواسع للقانون الاداري من قبل بعض الفقه على انه" مجموعة القواعد القانونية التي تحكم و تنظم الادارة العامة من حيث كيفية و ماهية البناء والهيكل الاداري و من حيث تحديد اختصاصات و وظائف و انشطة هذا الجهاز الاداري و الامتيازات و السلطات المقررة له للقيام بوظائفه، ومن حيث تنظيم العلاقات بين الادارة و الافراد و ما ينشئ عن هذه العلاقات من اثار قانونية و منازعات، فالقانون الاداري بهذا المفهوم هو مجموعة القواعد القانونية التي يمكن تحديدها من خلال الاشخاص الذين تنطبق عليهم هذه القواعد من السلطات و الاجهزة الادارية. انظر د. رياض عيسى، المصدر السابق،ص٣٧.

(٨٨٠) راجع د. شاب توما منصور، ص٣٤-و ايضا د. احمد عبدالقادر، المصدر السابق،ص٣٠.

(٨٨٢) يراد بالقانون الاداري بمعناه الضيق مجموعة القواعد القانونية التي تحكم النشاط الاداري و التي تختلف و تتميز عن قواعد القانون الخاص. انظر د.شاب توما منصور، القانون الاداري في العراق، بحثه السابق،ص١١٠.

مثل امريكا لا تعرف نظام القانون الاداري ولا المبادئ التي قام عليها هذا النظام". و على هذا فان المرافق العامة تخضع لقواعد القانون العادي نظرا لعدم تبني التمييز الثنائي بين القانون العام و القانون الخاص[٨٨٣].

كما ذهب عدد من فقهاء العرب بهذا الاتجاه المنكر لوجود القانون الاداري بمعناه الضيق في الدول ذات النظام الانكلوسكسوني. فالدكتور طعيمة الجرف يشرح موقف النظم الانكلوسكسونية من القانون الاداري بمفهومه الفرنسي فيقول" لم يسجل التطور الدستوري الانجلو امريكي للمحاكم مثل هذا الدور الذي أنتهى بالثوار تحت تأثير سوء الظن بهذه البرلمانات الى اعلان حرمان المحاكم التي ورثت نظام البرلمانات القضائية من ولاية التصدي المباشر او غير المباشر لأعمال الادارة العامة بل على النقيض سجل التأريخ الدستوري الا نجلو امريكي قدر كبيرا من التضامن و التعاون بين المحاكم و التشريع بهدف تحديد مجالات تجاوز الهيئة التنفيذية"[٨٨٤].

كما ويرى الدكتور ثروت بدوي ان القانون الاداري بمعناه الضيق لا يوجد في جميع الدول ذات النظام القضائي الموحد مهما بلغ مستوى التقدم فيها، وانه يوجد فقط في تلك الدول التي تخصص للخصومات الادارية او على الاقل لجانب من هذه الخصومات، قضاء مستقلا و قواعد خاصة مستقلة عن القانون الخاص. اما حيث تخضع الادارة لنفس القضاء وتطبق على منازعاتها مع افراد نفس القواعد التي تطبق على الخصومات العادية بين الافراد، فلا يوجد قانون اداري بالمعنى الضيق[٨٨٥].

وفيما يتعلق بالقواعد الادارية في مجال المسؤولية، يرى الاستاذ حامد مصطفى أنه لايوجد في نطاق المسؤولية الادارية في القانون العراقي سوى قواعد المسؤولية المدنية المشرعة في القانون المدني العراقي وتوابعه.....وان القانون العراقي لم يخرج عن النظرية التقليدية القائلة بمساواة الافراد و الادارة في العلاقات القانونية التي بينهما في كل دعوى تقوم على المطالبة بحق.....وان الدولة لاتكون مسؤولة عن الاضرار التي تصيب الافراد بسبب العمل الحكومي الا اذا كان القانون يقر هذه المسؤولية فيها بين الافراد انفسهم[٨٨٦].

ويقول بشأن احكام محكمة التمييز العراقية التي استوحت في مراعاتها للعدالة و الحق المبادئ العامة في البلاد الاخرى(مبادئ القانون الاداري)بأن احكامها كانت مرهونة بأشخاص بعينهم قضوا في مسائل لم يقر قضاؤهم فيها قضاء أخر او محاكم أخرى[٨٨٧].

---

(٨٨٣) د. انور احمد رسلان، المصدر السابق،ص٢١.

(٨٨٤) للتفصيل انظر ماهر صالح الجبوري، المصدر السابق،ص٣٨-٣٩-د. طعيمة الجرف، مبادئ القانون الاداري، المصدر السابق،ص٥٢.

(٨٨٥) مشار اليه في مؤلف د. شاب توما، القانون الاداري، الكتاب الاول، المصدر السابق،ص٢٤.

(٨٨٦) أنظر الاستاذ حامد مصطفى، المصدر السابق،ص١٧٤-١٧٧، و ما اشار اليه من احكام المحاكم العراقية، ومن هذا الرأي ايضا د. عبدالرحمن نورجان، المصدر السابق،ص٢٢٦.

(٨٨٧) استاذ حامد مصطفى، المصدر السابق،ص١٧٥.

اما الاتجاه الفقهي الثاني فانه يرفض مزاعم الاتجاه الأول و يؤكد وجود قواعد القانون الاداري بمعناها الضيق في الدول التي تأخذ بنظام القضاء الموحد. ويستدل على ذلك البعض[٨٨٨] بأن انجلترا (النموذج الأمثل للقضاء الموحد) ككل دولة متحضرة لها قانون اداري، فلا يعقل و هي الدولة ذات النظام الدستوري المتين ان ينعدم فيها قانون اداري يدعم هذا الدستور طالما كان القانون الاداري هو المنوط به ضبط حركة السلطة التنفيذية،يضاف اليه ان انجلترا وان لم تعرف اصطلاح (القانون الاداري) ولكن مدلوله عندها اكثر من أي دولة اخرى، فالضوابط القانونية على اعمال السلطة التنفيذية موجودة و متوفرة بكثرة لا يكاد يطاولها فيها دولة اخرى.

ويرى الاخرون[٨٩٩]،انه من غير الصحيح الزعم بعدم وجود قانون اداري قطعا في الدول الانكلو-امريكية، وانه من ألخطأ ايضا الاعتقاد بان القانون الاداري في تلك الدول لا يزال مقصورا على مجموعة القواعد التنظيمية (الجانب الوصفي) دون وجود قواعد قانونية له أي الجانب القانوني. اما الدكتور وحيد رأفت فانه وان كان متفقا مع مبدأ تقسيم الدول الى دول ذات النظام الاداري (نظام القضاء المزدوج) و دول ليس لها نظام اداري الا انه اوجب التفرقة بين النظام الاداري و القانون الاداري أي اكد التلازم بين شكل النظام القضائي و القواعد الادارية، وقد قرر أن انكلترا رغم انها من الدول التي ليس لها نظام اداري (قضاء اداري متخصص) غير انه يوجد بها قانون اداري[٨٩٠].

وينضم الى هذا المذهب أيضا الدكتور سليمان محمد طماوي و ذلك بقوله "وحقيقة الامر ان انعدام المحاكم الادارية في الدولة لا يعني بذاته انعدام القانون الاداري فيها كما ان وجود المحاكم الادارية لا يستلزم بالضرورة وجود قانون اداري كامل" ويتابع قائلا بان مجلس الدولة الفرنسي و مجالس المقاطعات قد تاسست في وقت كان القانون الاداري فيه شبه معدوم كما ان مصر و بلجيكا قبل سنة ١٩٤٦ لم تكن بهما محاكم ادارية، مع ذلك كان فيهما قانون اداري على درجة من النمو، وهذا بلا شك يؤكد عدم وجود العلاقة بين شكل القضاء في الدولة و القانون السائد فيها[٨٩١].

وعلى هذا الاساس وتأثرا بهذا الاتجاه يرى البعض[٨٩٢]، انه يستفاد من احكام محكمة التمييز في العراق ان هذه المحكمة ترى ان القضاء العادي يختص بالنظر في

---

(٨٨٨) د. عبد الله العربي، مشار اليه في مؤلف،د. شاب توما، القانون الاداري، الكتاب الاول، المصدر السابق،ص٢١-و يؤيده هذا الرأي ايضا د. انور احمد رسلان، بقوله ان الاخذ بوحدة القضاء و القانون لاينفي امكان وجود بعض قوانين ادارية متميزة عن القانون الخاص-مؤلفه السابق ص١٦-١٧.

(٨٩٩) د. عثمان خليل عثمان، مشار اليه في د. شاب توما، القانون الاداري في العراق و اتجاهات محكمة التمييز، المرجع السابق،ص١١٠.

(٨٩٠) اشير اليه في مؤلف د. شاب توما، القانون الاداري، الكتاب الاول،ص٢٢.

(٨٩١) مشار اليه في د. ماهر صالح، المصدر السابق،ص٤٠-٤١.

(٨٩٢) الحاكم ضياء شيت خطاب، محاضرات في مبادئ التنظيم القضائي في العراق، ١٩٨٦،ص٤٣-٤٤،و قد اورد مجموعة من احكام محكمة التمييز منها قرارها المرقم ٦/٨٠٧في ١٩٦٥/١٢/١٩ الذي نص على انه" وحيث ان منح اجازة البناء الى المميز هو قرار اداري صدر صحيحا ملزم ولايجوز ان يتاثر هذا القرار بحصول تصميم لاحق..و يعتبر تعرض الادارة للمميز في

المنازعات الادارية بالاضافة الى اختصاصه بالفصل في الخصومات العادية بين الافراد وان من حقه و هو ينظر المنازعات الادارية ان يفصل فيها بوصفه قضاء اداريا وان يطبق في شأنها مبادئ و قواعد القانون الاداري.

ويؤيد هذا الراى ما أستنتجه الدكتور شاب توما من خلال استقرائه النظام القانوني العراقي في ان المحاكم المدنية في العراق غير ملزمة بالفصل في الخصومات الادارية وفق القانون المدني بل لها ان تطبق من القواعد القانونية ما ينسجم مع طبيعة النزاع المعروض امامها فهو بهذا يكون قد اكد على وجود القواعد الادارية في العراق بالرغم من عدم وجود قضاء اداري متخصص في تلك الفترة. وانه استند في تدعيم قوله الى العديد من الحجج منها عدم وجود نص في الدستور العراقي يقضي بأن تعامل الادارة في اعمالها على قدم المساواة مع الافراد لا في الدستور الحالي ولا في الدساتير السابقة وايضا ما جاء في الأسباب الموجبة للقانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ الذي اشار صراحة الى انه وضع لكي يحكم الروابط القائمة بين الافراد ولم توح الى انه وضع ليطبق على علاقات الناشئة بين الادارة وبين الافراد، يضاف الى ذلك ان القانون المدني العراقي مستقاة من مصدرين اساسين هما الشريعة الاسلامية و القانون المدني المصري، و المعلوم ان المذكرة الايضاحية للقانون الاخير تشير صراحة الى ان احكامه لا تنطبق الا على العلاقات و الروابط المدنية وحدها أي ان الروابط و العلاقات الادارية لا تخضع للقانون المدني وانما يجب ان يحكمها قانون اخر هو القانون الاداري ويتحتم بذلك على القانون المدني العراقي عدم مخالفة المصدر الذي اقتبس منه أحكامه، وان يقتصر تطبيقه على الخصومات المدنية فحسب، وقد اقر بان القضاء العادي العراقي غير ملزم بالفصل في القضايا الادارية وفقا لاحكام القانون الخاص بصفة عامة و احكام القانون المدني بصفة خاصة[٨٩٣] .

يمكننا القول مما تقدم وترجيحا لا حد هذين الاتجاهين، بان الاتجاه الثاني القائل بوجود القانون الاداري بمعناه الضيق في الدول ذات النظام القضاء الموحد هو الاتجاه المرجح في اعتقادنا، صحيح ان هناك ارتباطا عضويا بين القضاء الاداري و القانون الاداري، وان سر وجود الاخير يكون راجعا الى الحلول السليمة واحكام المبادئ لمجلس

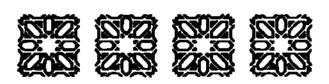
اقامة بنانه عملا غير مشروع يستوجب مسؤولية الادارة عن تعديلها و ماتكلف من مصاريف..و قرارها المرقم ٦/٢٥٢٧في ١٩٦٦/١١/١٢ بقوله" ولما كان العقد ابرمته الادارة مع المقاول من اجل انشاء مرفق عام متوسلة في ذلك باسلوب القانون العام بشروط غير مالوفة من اجراء مناقصة..."و ايضا حكمها في ١٩٦٦/٨/٢٨ بشأن سحب الجنسية او منحها، فهذه الاحكام يثبت وجود قواعد القانون الاداري في العراق، انظر مؤلفه السابق، ص٤٥-و ايضا د. محمد فؤاد، المسؤولية الادارية..، المصدر السابق، ص٥٤-٥٥.

(٨٩٣) د. شاب توما، القانون الاداري، الكتاب الاول، المصدر السابق، ص٣٢-٣٣.

الدولة و محكمة التنازع الفرنسية، ولكن ذلك لا يعني ان عدم وجود القضاء الاداري في الدولة هو دليل بعدم وجود القانون الاداري و المبادئ الادارية المستقر عليها في الفقه و القضاء الاداريين في دول اخرى. فاحكام محكمة التمييز العراقية التي اوردها ضياء شيت خطاب السابق ذكرها قاطعة في دلالتها على ان القضاء العراقي (في مرحلة القضاء الموحد) قد طبق قواعد ومبادئ القانون الاداري على القضايا الادارية ومنها قضايا مسؤولية الادارة. اذ ليس هناك ما يمنع القضاء العادي من الاستعانة بالقواعد الادارية ومنها قواعد المسؤولية الادارية المعروفة لدى القضاء الاداري و العكس صحيح و دليل ذلك حكم محكمة النقض الفرنسية في قضية د. جيري السابق ذكرها.

لاشك انه وبعد انشاء قضاء اداري مستقل في العراق اصبح امرا مسلما به وجود القانون الاداري بمعناه الضيق فيه. وهكذا يصبح الوضع في العراق ان القضاء العادي يطبق القواعد المدنية كأصل عام على قضايا مسؤولية الادارة عن الاعمال المادية، بينما تطبق محكمة القضاء الاداري القواعد الادارية على قضايا مسؤولية الادارة عن قراراتها غير المشروعة بخصوص الافراد او الموظفين و الداخلة ضمن اختصاصها.





الخاتمة

بعد ان انتهينا من هذا البحث لابد ان نوجز النتائج والافكار التي توصلنا اليها من خلاله وهي:-

١-ان بحث اساس مسؤولية الادارة اقتضى منا بيان الطبيعة القانونية لهذه المسؤولية، فتبين لنا ان هناك اتجاهين فقهيين اولهما اعتبر مسؤولية الادارة ذات طبيعة مباشرة وذاتية، بينما أكد الثاني على ان لهذه المسؤولية طبيعة غير مباشرة وعن فعل الغير، وكان لكل منهما حججه وادلته، ودعمه من احكام القضاء. وقد ايدنا كلا الاتجاهين ولكن ليس على وجه الاطلاق، اذ اتضح لنا ان لمسؤولية الادارة طبيعة مزدوجة، فيمكن ان تكون ذات طبيعة مباشرة وذاتية في حالات معينة، وذات طبيعة غير مباشرة وعن فعل الغير في احوال اخرى.

٢-ان فكرة التمييز بين العضو والتابع او بين الموظف والمستخدم في مجال مسؤولية الادارة لا تصح اثارتها في العراق، لأن الاشخاص العاملين لدى دوائر الدولة وبغض النظر عن مراكزهم الوظيفية، يكونون على مستوى واحد من التمثيل بالنسبة اليها، ومما يؤكد ذلك ما صدر من قرار مجلس قيادة الثورة بخصوص تحويل كافة العمال الى موظفين، كما وان قصر المسؤولية الادارية الواردة في المادة ٢١٩من القانون المدني على فئة المستخدمين بأعتبارهم تابعين دون الموظفين أي الاعضاء، يعمل على هدر الفائدة من نص هذه المادة بالنظر لقلة المستخدمين (ان لم نقل انعدامهم) نسبة الى العاملين في دوائر الدولة.

٣-ان نظرية التمييز بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي هي من النظريات الهامة للقانون الاداري، التي ابتدعها قضاء مجلس الدولة الفرنسي في القرن الحالي، وقد اخذ بها القضاء المصري وخصص المشرع هناك نصا لمعالجتها. اما التشريع والقضاء العراقيان فأنهما لم يحذوا حذو زميليهما الفرنسي والمصري، اذ جاء التشريع العراقي خاليا من اية إشارة الى تلك النظريات، كما ان القضاء العراقي لم يأخذ بمبدأ التمييز بين نوعي الخطأ وهذا بحد ذاته يخلق وضعا متخلفا لواقع المسؤولية الادارية في العراق، لذا ندعو المشرع العراقي الى معالجة هذا القصور وضرورة اخذه بمبدأ التمييز بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي وحبذا لو تم ذلك باضافة نص جديد الى نصوص مشروع القانون المدني الجديد لسنة ١٩٨٤ ليكون قائما الى جانب نص المادة ٤١٨منه، لما سيكون لهذا الاجراء من مردود إيجابي على الجهاز الاداري في العراق وسير الاعمال الادارية فيه.

٤-رغم ان القانون المدني قد اعتبر وفي المادة ٢١٩ مسؤولية الادارة ذات طبيعة غير مباشرة وعن فعل الغير، الا ان القضاء العادي فيه قد اقر وفي بعض أحكامه بالطبيعة المباشرة لهذه المسؤولية وذلك عندما نص في تلك الاحكام على مسؤولية الدولة عن خطأ الدائرة او ان الخطأ نتج عن خلل او إهمال في سير أعمال المرفق، أي أنه اشار الى الخطأ المباشرة للادارة.

٥-ان قواعد المسؤولية الادارية تفضل على قواعد المسؤولية المدنية من حيث مراعاتها لمصالح اطراف المسؤولية، فالقواعد الادارية تقر مبدأ تدرج الخطأ في مجال مسؤولية المرافق العامة وتراعي الظروف والعوامل التي تحيط بها على النحو المذكور انفا. اما القواعد المدنية فلا تاخذ بالاعتبار عند اقرارها مسؤولية الادارة فكرة تدرج الخطأ ولا تراعي اية ظروف وعوامل وانما تكتفي بمجرد توفر الخطأ وفق المعيار المتبع في تقديره.

٦-تلتقي قواعد المسؤولية المدنية وقواعد المسؤولية الادارية في حالات معينة منها:-

أ-مسؤولية الادارة عن الاخطاء الشخصية للموظفين (عدا المنبت الصلة بالوظيفة)، تدفع الادارة التعويض للمضرور وفقا لقواعد مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع بسبب خطا الموظف ومن ثم ترجع عليه بمبلغ التعويض، او ان تتقرر مسؤولية الادارة والموظف بالتضامن ازاء المضرور عن اشتراك خطئهما في احداث الضرر. وهذا هو ذات ما اقره قضاء مجلس الدولة الفرنسي في فترة لاحقة من تطوره (منذ سنة ١٩٤٩) بشأن هذه المسؤولية.

ب-مسؤولية الادارة عن الخطأ الذي يقع من موظف مجهول، والخطأ الذي لا يمكن نسبته الى أي من العاملين لدى الادارة، ففي هاتين الحالتين يستوى حكم القواعد الادارية و القواعد المدنية وهو اعتبار الخطأ صادرا عن الادارة نفسها فتتحمل عبء التعويض. فهذا الخطأ يعد من احدى حالات الخطأ المرفقي في القانون الاداري، بينما يسميه القانون المدني بالخطأ المباشر للإدارة. وهذا يعني ان تطبيق القواعد الادارية يكون لصالح المتضرر ذلك-لان نطاق مسؤوليتها يكون اوسع مما لو طبقنا قواعد المسؤولية المدنية.

٧-ان موقف التشريعات العراقية يختلف فيما بينها من حيث اساس المسؤولية التبعية للادارة، فبينما اعتمد قانون الضمانات الملغى وفي مادتة الخامسة نظرية تحمل التبعة كأساس لمسؤولية المتبوع او الادارة، نجد ان القانون المدني النافذ اقام مسؤولية الحكومة والاشخاص الاخرى على أساس فكرة الخطأ المفترض. اما قانون اصلاح النظام القانوني ومن بعده مشروع القانون المدني الجديد لسنة ١٩٨٤ وفي المادة ٤١٨ منه فقد أسس مسؤولية الادارة بأعتبارها متبوعا على فكرتين، هما فكرة الضمان في حالتي الخطأ الجسيم والخطأ العمدي للموظف، اما في غيرها من الحالات فأن المسؤولية تقوم على اساس نظرية تحمل التبعة. وبذلك فان مسلك واضعي المشروع يعد اكثر واقعية وانسجاما مع العدالة والمنطق من مسلك مشرعي قانون الضمانات الملغى وقانون المدني النافذ.

٨-ان أوجه عدم المشروعية في القرار الاداري حتى اذا كان يكفي تحقق أي منها لإلغاء القرار الاداري امام القضاء الاداري، الا انها غير كافية لثبوت مسؤولية الادارة عنها دائما، فقضاء مجلس الدولة الفرنسي قد ميز بين هذه الأوجه لعدم المشروعية بحسب جسامة كل منها واقر المسؤولية على بعض هذه الأوجه دون الاخرى. وقد طبق ذلك ايضا في فترة لاحقة القضاء الاداري المصري. اما محكمة القضاء الاداري في العراق فإنها بادرت إعمال هذا المبدأ فيما يعرض عليها من قضايا،

ونأمل منها ان تستمر في هذا النهج وان تأخذ به كأصل عام، لكونه منسجما مع مبدأ السياسة الادارية الجيدة.

٩-ومع اتساع النشاط الاداري في العصر الحديث واتساع نطاقه وتطور اساليب الادارة باتت قواعد المسؤولية العادية المبنية على الخطأ عاجزة عن مواجهة كل حالات الضرر ومن هنا ابتدع قضاء مجلس الدولة الفرنسي قواعد المسؤولية على اساس المخاطر لمعالجة كل حالة تعجز قواعد المسؤولية التقليدية عن معالجتها.

١٠-ان اساس مسؤولية الادارة تركز على فكرتين، فكرة الخطأ بأعتبارها الاساس العام لهذه المسؤولية، وفكرة المخاطر التي تعد الاساس الثاني والتكميلي لمسؤولية الادارة، فمن غير الصواب تحديد اساس المسؤولية بأحدى الفكرتين او اعتبارهما تتنافسان في سبيل تأسيس المسؤولية على الافضل منهما، اذ ان لكل منهما مجال تطبيقه الخاص، فلا يمكن ان تحل إحدى الفكرتين محل الاخرى ، للدور الذي تلعبه كل من النظريتين في مجال مسؤولية الادارة.

١١-اختلف موقف التشريع والقضاء المقارن من نظرية المخاطر كأساس للمسؤولية، فالقضاء الفرنسي بجهتيه الاداري والعادي تعتبران هذه الفكرة اساسا ثانيا للمسؤولية يقوم الى جانب الاساس التقليدي أي الخطأ، واقرت هذه الفكرة نصوص تشريعية عديدة صدرت في فرنسا نظرا للمزايا التي تحققها بخصوص اعمال الادارة. في حين ان تطبيقات هذا الاساس الجديد هي اقل لدى القضاء المصري، فبينما ترفض جهة القضاء العادي المصري تطبيق نظرية المخاطر، فان جهة القضاء الاداري هناك تطبقها في حالات معينة كأساس استثنائي للمسؤولية وقد اخذ بها المشرع المصري في بعض التشريعات. اما في العراق وفيما عدا الحالات الخاصة التي أقام فيها المشرع المسؤولية على اساس المخاطر، فأنه اعتبر الخطأ اساسا عاما لمسؤولية الادارة، أي ان فكرة المخاطر وردت كاستثناء لا يجوز التوسع فيه، والقضاء العراقي لا يأخذ بهذه الفكرة كأساس للمسؤولية الا في حالات نادرة وفي مجال المسؤولية عن الاشياء، لذا لا يمكن اعتبار المخاطر اساسا ثانيا لمسؤولية الادارة في العراق.

١٢-ان قواعد توزيع الاختصاص في العراق تشوبها عيوب ونواقص يجب معالجتها اسوة بقواعد الاختصاص في فرنسا ومصر. فبينما تقررت الولاية العامة لمجلس الدولة في فرنسا ومصر للفصل في كافة القضايا الادارية، نجد ان اختصاص جهة القضاء الاداري في العراق مقصور على النظر في القرارات الادارية التي لم يعين مرجع للطعن فيها، في حين تختص جهة القضاء العادي بكل قضايا التعويض عن الاعمال المادية وقسم كبير من القرارات الادارية وتطبق بشأن هذه القضايا قواعد المسؤولية المدنية ــ لذا فان نطاق قواعد المسؤولية الادارية في العراق يكون ضيقا نسبة الى قواعد المسؤولية المدنية التي يتسع نطاقها ليشمل معظم حالات مسؤولية الادارة. ومن هنا نطالب المشرع العراقي بضرورة توسيع اختصاص محكمة القضاء الاداري وتقرير قاعدة عامة تطلق اختصاص هذه المحكمة بكافة دعاوي مسؤولية الادارة لكي تتحقق الفائدة والحكمة من إنشاء هذا القضاء.

- مراجع البحث -

أ-باللغة العربية

اولا: الكتب والرسائل:

١-القران الكريم

٢-د.ابراهيم ابو الليل ود. محمد الالفي: المدخل الى نظرية القانون والحق، مطابع المقهوي، الكويت، ١٩٨٦.

٣-د.ابراهيم طه الفياض: مسؤولية الادارة عن اعمال موظفيها في العراق، دار النهضة العربية، ١٩٧٣.

٤-د. ابراهيم عبدالعزيز شيحا: مباديء واحكام القانون الاداري اللبناني، الدار الجامعية بيروت، ١٩٨٣.

٥-د. ابراهيم عبدالكريم غازي: تاريخ القانون في وادي الرافدين والدولة الرومانية، ط١، مطبعة الازهر، بغداد، ١٩٧٣.

٦-د.احمد حافظ نجم: القانون الاداري، ط١، دار الفكر العربي، ١٩٨١.

٧-د.احمد حشمت ابو ستيت مصادر الالتزام، دار الفكر العربي، ١٩٦٣.

٨-د.احمد سلامة: المدخل لدراسة القانون، الكتاب الثاني، دار النهضةالعربية، القاهرة، ١٩٧٤.

٩-د.احمد شوقي عبدالرحمن: مسؤولية المتبوع بأعتباره حارسا، المطبعة العربية الحديثة، ١٩٧٦.

١٠-د.احمد عبدالرحمن شرف الدين ود.محمد رفعت عبدالوهاب: القضاء الاداري، المكتب العربي للطباعة، بغداد، ١٩٨٨.

١١-د.احمد عبدالقادر الجمال: القانون الاداري المصري والمقارن، ج١، ١٩٥٥.

١٢-د. اسماعيل غانم: مصادر الالتزام، ج١، القاهرة١٩٦٦.

١٣-د. انور احمد رسلان: القانون الاداري السعودي، الادارة العامة للبحوث، المملكة العربيةالسعودية، ١٤١٠هـ.

١٤-د. انور سلطان: النظرية العامة للالتزام ،ج٢، احكام الالتزام، ١٩٦٢.

١٥- اوستن رني: سياسة الحكم، ج٢، ترجمة د. حسن علي الذنون، بغداد، ١٩٦٦.

١٦-د. اياد عبدالجبار الملوكي: المسؤولية عن الاشياء،ط١، بغداد، ١٩٨٠.

١٧-باسل توفيق: في سبيل حقوق الانسان، ط١، دار الشؤون الثقافية، بغداد، ١٩٨٨.

١٨- بكر القباني: القانون الاداري الكويتي، مطبعة العصرية، الكويت، ١٩٧٥.

١٩-د. توفيق حسن فرج: النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام، ج١،

جامعة الاسكندرية، ١٩٧٨.
٢٠-د. ثروت انيس الاسيوطي: مسؤولية الناقل الجوي في القانون المقارن، رسالة دكتوراه المطبعة العالمية، ١٩٦٠.
٢١-د. ثروت بدوي: مباديء القانون الاداري، دار النهضة العربية، ١٩٦٨.
٢٢-جبار صابر طه: اقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر، مطابع جامعة الموصل، ١٩٨٤.
٢٣-د. جلال علي عدوي ود.لبيب شنب: مصادر الالتزام، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٥.
٢٤-حامد مصطفى: مباديء القانون الاداري العراقي، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٨.
٢٥-حبيب الهرمزي: الرقابة على المؤسسات العامة في التشريع العراقي، مطبعة الاوقاف، بغداد، ١٩٧٧.
٢٦-د. حسن الخطيب: نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية، مطبعة الحداد، البصرة، ١٩٦٨.
٢٧-د. حسن الذنون: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٨.
٢٨-د. حسن زكي الابراشي: مسؤولية الاطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، رسالة دكتوراه من جامعة فؤاد الاول، القاهرة، ١٩٤٩، دار النشر للجامعات المصرية بدون سنة طبع.
٢٩-د. حسن السيد بسيوني: دور القضاء في المنازعة الادارية، عالم الكتب، القاهرة ، ١٩٨١.
٣٠-د.حسن صادق المرصفاوي: شرح قانون الجزاء الكويتي، القسم الخاص ، مطابع الاهرام التجارية، القاهرة، ١٩٧٠.
٣١-د. حسن كيرة: المدخل الى القانون،الطبعة الخامسة،منشأة المعارف اسكندرية، ١٩٧٤.
٣٢-د. حسني درويش عبدالحميد: نهاية القرار الاداري عن غير طريق القضاء، دار الفكر العربي، ١٩٨١.
٣٣-د. حسين عامر وعبدالرحيم عامر: المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية، الطبعة الثانية، دار المعارف، ١٩٧٩.
٣٤-د. حسن عثمان: القانون الاداري، الطبعة الاولى،الدار الجامعية، بيروت، بدون سنة طبع.
٣٥-د. حكمت موسى سلمان: طاعة الاوامر واثرها في المسؤولية الجزائية، الطبعة الاولى، بغداد، ١٩٨٧.
٣٦-د. حماد محمود شطا: النظام القانوني للأجور والمرتبات في الوظيفة العامة، دار الفكر العربي، ١٩٧٧.

٣٧-حمدي ياسين عكاشة: القرار الاداري في قضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٨٧.

٣٨-خضر عكوبي يوسف: موقف القضاء العراقي من الرقابة على القرار الاداري، الطبعة الاولى، مطبعة الحوادث، بغداد، ١٩٧٦.

٣٩-د.رمضان ابو سعود: الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٥.

٤٠-د. رؤوف عبيد: السببية الجنائية بين الفقه والقضاء، الطبعة الرابعة، القاهرة، ١٩٨٤.

٤١-د.رياض عيسى: مقدمة في القانون الاداري الجزائري، الطبعة الاولى، معهد الحقوق والعلوم الادارية، تيزي اوزو-جزائر، بدون سنة طبع.

٤٢-زهدي يكن: المسؤولية المدنية، الطبعة الاولى، منشورات المكتبة العصرية،صيدا- بيروت،بدون سنة طبع.

٤٣-د. سامي جمال الدين: الرقابة على أعمال الادارة، الطبعة الاولى، منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٨٢.

٤٤-د. سعاد الشرقاوي: الوجيز في القضاء الاداري، ج١، دار النهضة العربية، ١٩٨١.

٤٥-د. سعاد الشرقاوي: المنازعات الادارية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٧٦.

٤٦-د. سعد العلوش: مباديء في القانون العام، مطبعة الارشاد، بغداد، ١٩٧٢.

٤٧-د. سعدون العامري: تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، مركز البحوث القانونية(٢)، بغداد، ١٩٨١.

٤٨-د. سعدي اسماعيل البرزنجي: الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الغربي والفقه الاسلامي، رسالة ماجستيرمقدمة الى كلية القانون والسياسة بجامعة بغداد، ١٩٧١.

٤٩-د. سعيد عبدالمنعم الحكيم: الرقابة على اعمال الادارة في الشريعة الاسلامية والنضم المعاصرة، ط١، دار الفكر العربي، ١٩٧٦.

٥٠-د. سليمان محمد الطماوي: الوجيز في القضاء الاداري، ط٢، دار الفكر العربي، ١٩٧٢.

٥١-د. سليمان محمد الطماوي: دروس في القضاء الاداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٤.

٥٢-د. سليمان محمد الطماوي: القضاء الاداري- الكتاب الثاني -قضاء التعويض وطرق الطعن في الاحكام، دار الفكر العربي، ١٩٧٧.

٥٣-د. سليمان محمد الطماوي: القضاء الاداري- الكتاب الاول- قضاء الالغاء، ط٢ دار الفكر العربي، ١٩٧٥.

٥٤-د. سليمان محمد الطماوي: النظرية العامة للقرارات الادارية، دار الفكر العربي، بدون سنة طبع.

٥٥-د. سليمان محمد الطماوي: القضاء الاداري- الكتاب الثالث- قضاء التأديب، دار الفكر العربي، ١٩٧٩.

٥٦-د. سليمان مرقس: المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، ١٩٧١.

٥٧-د. شاب توما منصور: القانون الاداري، الكتاب الاول، ط١، مطبعة دار العراق، ١٩٨٠.

٥٨-د. شاب توما منصور: القانون الاداري، الكتاب الثاني، ط١، مطبعة دار العراق، ١٩٨٠.

٥٩-د. صادق مهدي السعيد: الضمان الاجتماعي وقانون الضمان الاجتماعي العراقي، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٦٨.

٦٠-صباح المفتي: القانون المدني، مطبعة الشعب، بغداد، ١٩٨٠.

٦١-د.صبيح مسكوني: القانون الروماني، ط٢، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٧١.

٦٢-د. صلاح الدين الناهي: محاضرات في قانون المدني العراقي، معهد الدراسات العربية العالية، ١٩٦٠.

٦٣-صوفي حسن ابو طالب: مباديء تاريخ القانون، بيروت، ١٩٦٥.

٦٤-ضياء شيت، خطاب: محاضرات في مباديء التنظيم القضائي في العراق، ١٩٦٨.

٦٥-د.طعيمه الجرف: القانون الاداري، ط٥، دارالنهضة العربية القاهرة، ١٩٨٥.

٦٦-د.طعيمه الجرف: مباديء القانون الاداري، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٧٨.

٦٧-د.طلال عامر المهتار: مسؤولية الموظفين ومسؤولية الدولة، ١٩٨٢.

٦٨-عادل احمد الطائي: مسؤولية الدولة عن اخطاء موظفيها، دار الحرية للطباعة بغداد، ١٩٧٨.

٦٩-د. عاطف النقيب: النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الغير، ط١، منشورات العويدات، باريس- بيروت، ١٩٧٨.

٧٠-د. عاطف النقيب: النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، ط١، منشورات العويدات، باريس- بيروت، ١٩٧٨.

٧١-د. عاطف النقيب: النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الاشياء، ط١، منشورات العويدات، باريس- بيروت، ١٩٨٠.

٧٢-د. عباس حسن صراف: المسؤولية العقدية عن فعل الغير، دار الكتاب العربي، مصر، ١٩٥٤.

٧٣-د. عباس عبودي: تاريخ القانون، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٨.

٧٤-عبدالباقي محمد سوادي: مسؤولية المحامي المدنية عن اخطائه المهنية،ط١، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٩.
٧٥-د. عبدالحميد كمال الحشيش: دراسات في الوظيفة العامة في النظام الفرنسي، مكتبة القاهرة الحديثة، ١٩٧٤.
٧٦-د. عبدالحي حجازي: النظرية العامة للالتزام، ج٢، مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر، ١٩٥٤.
٧٧-د. عبدالرحمان نورجان الايوبي: القضاء الاداري في العراق حاضره ومستقبله، دار مطابع الشعب، ١٩٦٥.
٧٨-د. عبدالرزاق احمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المجلد الاول، دار احياء التراث العربي، بيروت بدون سنة طبع.
٧٩-د. عبدالرزاق احمد السنهوري: الوجيز في شرح القانون المدني، ج١، دار نهضة مصر، القاهرة، ١٩٦٦.
٨٠-د. عبدالرزاق احمد السنهوري: مصادر الحق في الفقه الاسلامي، ج١، القاهرة، بدون سنة طبع.
٨١-د. عبدالرزاق احمد السنهوري: الموجز في النظرية العامة للالتزامات، مطبعة لجنة التأليف، القاهرة، ١٩٤٠.
٨٢-د. عبدالسلام الترمانيني: الوسيط في تاريخ القانون والنظم القانونية، ط٣، مطبعة ذات السلاسل، الكويت، ١٩٨٢.
٨٣-د. عبدالغني بسيوني: القانون الاداري، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٧٦.
٨٤-د. عبدالمجيد الحكيم: الموجز في القانون، مصادر الالتزام، ط٥، مطبعة النديم، بغداد، ١٩٧٧.
٨٥-د.عبدالمنعم البدراوي: اصول القانون المدني المقارن، ط٢، مكتبة السيد عبدالله الوهبة، القاهرة، ١٩٧٠.
٨٦-د.عبدالمنعم البدراوي: مبادىء القانون، السيد عبدالله وهبة، القاهرة، ١٩٧٠.
٨٧-د. عبدالمنعم فرج الصدة: مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧١.
٨٨-د. عبدالملك ياس اصول القانون، نظريتا القانون والحق، مطبعة سلمان الاعظمي، بغداد، ١٩٦٨.
٨٩-د.عبدالوهاب البنداوي طرق الطعن في العقوبات التأديبية اداريا وقضائيا، دار الفكر العربي، بدون سنة طبع.
٩٠-عبدالوهاب مصطفى ورابح لطفي جرائم الوظيفة العامة، القاهرة، ١٩٦٣.
٩١-د. عثمان خليل عثمان اللامركزية ونظام مجالس المديريات في مصر، ط١، شركة فن للطباعة، ١٩٤٥.
٩٢-د. عدنان الخطيب تاريخ القضاء الاداري ونظام مجلس الدولة في سوريا، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧٤.
٩٣-د. عدنان العابد ويوسف قانون العمل، ط١، دار المعرفة، بغداد، ١٩٨٠.

الياس

٩٤-د. عدنان العجلاني	الوجيز في الحقوق الادارية، ج١،ط٢، مطابع دار الجامعة، دمشق، ١٩٦١.
٩٥-عزالدين الديناصوري وعبدالحميد الشواربي	المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، القاهرة، ١٩٨٨.
٩٦-علي حسن يونس	اصول القانون البحري، دار الحمامي للطباعة، بدون سنة طبع.
٩٧-د. علي حسين خلف وسلطان الشاوي	المبادىء العامة في قانون العقوبات، مطابع الرسالة، الكويت، ١٩٨٢.
٩٨-د. علي راشد	مباديء قانون الجنائي، ج١،ط٢، القاهرة، ١٦٥٢.
٩٩-غازي فيصل مهدي	الشخصية المعنوية وتطبيقاتها في التشريع العراقي، رسالة الماجستير مقدمة الى كلية القانون والسياسة بجامعة بغداد، ١٩٧٢.
١٠٠اد. غني حسون طه	الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الاول، مصادرالالتزام، مطبعة المعالي، بغداد،١٩٧١.
١٠١-فخري رشيد مهنا	اساس المسؤولية ومسؤولية عديم التمييز التقصيرية، مطبعة الشعب، بغداد، ١٩٧٤.
١٠٢-فريد فتيان	مصادر الالتزام، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٧.
١٠٣-د. فؤاد العطار	القضاء الاداري، دار النهضة العربية، ١٩٦٣.
١٠٤-فوزي رشيد	الشرائع العراقية القديمة دار الحرية للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٧٣.
١٠٥-كامل السامرائي	القضاء الاداري في العراق، مطبعة اسماء، بغداد، ١٩٦٣.
١٠٦-ليون ديكي	دروس في القانون العام، مركز البحوث القانونية(١)، ترجمة رشدي خالد، بغداد، ١٩٨١.
١٠٧-د. ماجد راغب الحلو	القضاء الاداري، دار المطبوعات الجامعية، اسكندرية، ١٩٨٥.
١٠٨-د. مالك دوهان الحسن	المدخل لدراسة القانون، ط١، مطبعة الجامعة، بغداد، ١٩٧٢.
١٠٩-د. ماهر صالح الجبوري	القانون الاداري، جامعة الموصل، ١٩٨٩.
١١٠-د. ماهر عبد الشويش	شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ١٩٨٨.
١١١-د. محسن البيه	المسؤولية المدنية للمعلم، ط١، مطبعة ذات السلاسل، الكويت، ١٩٩٠.
١١٢-د.محسن خليل وسعد العصفور	القضاء الاداري منشأة المعارف في الاسكندرية، بدون سنة طبع.
١١٣-د. محسن خليل:	قضاء الالغاء دار المطبوعات الجامعية، اسكندرية١٩٨٩.
١١٤-د. محسن خليل:	القضاء الاداري اللبناني،دار النهضة العربية، ١٩٨٢.

١١٥-د.محمد ابراهيم الدسوقي تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، بدون سنة طبع.

١١٦-د. محمد ابو زهرة الجريمة والعقوبة في الاسلام، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون سنة طبع.

١١٧-محمد بن ابي بكر الرازي مختار الصحاح، دار الرسالة، الكويت، ١٩٨٣.

١١٨-محمد رفاعي الجوجو النظام القانوني للتفويض الاداري، رسالة ماجستير لجامعة بغداد، ١٩٨٤.

١١٩-د. محمد سعيد المجذوب الحريات العامة وحقوق الانسان، ط١، جروس بريس، طرابلس، لبنان، ١٩٨٦.

١٢٠-د. محمد الشافعي ابو راس القضاء الاداري، مكتبة النصر بالزقازيق، قاهرة، بدون سنة طبع.

١٢١-د. محمد شريف احمد نظرية تفسير النصوص المدنية، مطبعة وزارة الاوقاف والشؤون الدينية، ١٩٨٢.

١٢٢-د.محمد الشيخ عمر مسؤولية المتبوع، مطابع سجل العربي، القاهرة، ١٩٧٠.

١٢٣-د. محمد علي ال ياسين القانون الاداري، ط١، المكتبة الحديثة للطباعة، بيروت بدون سنة طبع.

١٢٤-د. محمد فاروق النبهان نظام الحكم في الاسلام، مطبعة الجامعة، كويت، ١٩٨٧.

١٢٥-د.محمد فؤاد مهنا المسؤولية الادارية في تشريعات البلاد العربية، مركز البحوث والدراسات العربية، القاهرة، ١٩٧٢.

١٢٦-د.محمد فؤاد مهنا مباديء واحكام القانون الاداري، منشأة المعارف، اسكندرية، بدون سنة طبع.

١٢٧-د.محمد فؤاد المهنا حقوق الافراد ازاء المرافق العامة والمشروعات العامة، معهد البحوث والدراسات العربية، مطبعة الشاعر، اسكندرية، ١٩٣٢.

١٢٨-د. محمد كامل ليلة الرقابة القضائية على اعمال الادارة، ١٩٦٧.

١٢٩د.محمد لبيب شنب المسؤولية عن الاشياء مكتبة النهضة المصرية، ١٩٥٧.

١٣٠-د.محمد لبيب شنب الموجز في مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٩.

١٣١-د. محمد محمد بدران الادارة المحلية،دار النهضة العربية،قاهرة،١٩٨٦.

١٣٢-محمد مصطفى القللي المسؤولية الجنائية،ط١،مطبعة جامعة فؤاد الاول،١٩٤٨.

١٣٣-د. محمود جمال الدين زكي الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني، القاهرة، ١٩٦٨.

١٣٤-د. محمود حافظ القضاء الاداري، ط٦، ١٩٧٢.

١٣٥-د. محمود حافظ غانم المسؤولية الدولية، معهد الدراسات العربية العالمية،١٩٦٢.

١٣٦-د.محمود حلمي موجز مبادىء القانون الاداري، ط١، دار الفكر العربي، ١٩٧٨.
١٣٧-د.محمود حلمي القضاء الاداري، ط٢، ١٩٧٧.
١٣٨-د.محمود سلام زناتي مبادئ القانون او المدخل لدراسة القانون، مطبعة الطليعة، اسيوط، ١٩٧٨.
١٣٩-د.محمود سعدالدين شريف شرح قانون المدني العراقي، ج١، ١٩٥٥.
١٤٠-د.محمود عاطف البنا القضاء الاداري،دار الفكر العربي،القاهرة،١٩٧٨.
١٤١-د. محمود عثمان الهمشري المسؤولية الجنائية عن فعل الغير،ط١،دار الفكر العربي،١٩٦٩.
١٤٢-د. محمود محمد حافظ: القرار الاداري، دار النهضة العربية، ١٩٧٥.
١٤٣-د. محمود محمود مصطفى شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط١٠، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٨٣.
١٤٤-د. محمود مختار البربري المسؤولية التقصيرية للمصرف دار الفكر العربي،١٩٨٦.
١٤٥-د. مصطفى العفيفي و د. بدرية الجاسر السلطة التأديبية بين الفاعلية والضمان، مطبعة حسان، القاهرة، ١٩٨٢.
١٤٦-د. مصطفى كامل شرح القانون الاداري،ط١،مطبعة النجاح،بغداد، ١٩٤٩.
١٤٧-د. منذر الشاوي مذاهب القانون المكتبة القانونية(١)، دار الحكمة، ط٣، ١٩٥١.
١٤٨-د.منذر عبدالحسين الفضل النظرية العامة للالتزام،ج١، مصادر الالتزام، ط١، بغداد، ١٩٩١.
١٤٩-د. منصور ابراهيم العتوم المسؤولية التأديبة للموظف العام، ط١، ١٩٨٤.
١٥٠-د.منصور مصطفى منصور المدخل للعلوم القانونية، مكتبة السيد عبدالله الوهبة، ١٩٦٣.
١٥١-منير القاضي: محاضرات في القانون المدني، مطبعة دار المعرفة، بغداد، ١٩٥٤
١٥٣-د. منير محمود الوتري: في القانون الاداري، ط١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٦.
١٥٤-د. مقدم السعيد التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، ط١، دار الحداثة بيروت، ١٩٨٥.
١٥٥-همزة خسرو عثمان نظرية تحمل التبعة وتطبيقاتها في التشريع المقارن، رسالة ماجستير في بغداد، ١٩٨٨.
١٥٦- يوسف نجم جبران النظرية العامة للموجبات، القانون والجرم وشبه الجرم،ط١، منشورات عويدات، بيروت-باريس، ١٩٧٨.
١٥٧-المنجد في اللغة والاعلام ط٢٨، دار المشرق بيروت، ١٩٨٦.

ثانيا- البحوث والمقالات

١٥٨-د.ابراهيم طه الفياض — محاولة في تحديد معالم الاساس القانوني للمسؤولية عن الاشياء في قضاء مجلس الدولة الفرنسي والفقه والقضاء المدني، بحث منشور في مجلة الحقوق والشريعة-تصدرها كلية الحقوق والشريعة بجامعة الكويت، ع١،س٥، ١٩٨١، ص ص (٣٥-٦٣).

١٥٩- احمد مصطفى ناصر — المسؤولية عن الالات الميكانيكية، بحث منشور في مجلة العدالة-يصدرها مركز البحوث القانونية في وزارة العدل، ع٤س٤ ١٩٧٨، ص ص (٦٨٨-٦٩٧).

١٦٠-جعفر ناصر حسين — المحاكم الادارية في العراق، بحث منشور في مجلة القضاء-تصدرها نقابة المحامين في القطر العراقي، العددان الاول والثاني، س٤٣، ١٩٨٨، ص ص (٥٧-٩٦).

١٦١-حامد مصطفى — القضاء الاداري ونشوء مجلس الدولة، بحث منشور في مجلة القضاء-تصدرها نقابة المحامين في القطر العراقي، العددان الرابع والخامس، ١٩٥٠، ص ص(٥-٣٢).

١٦٢-د.حسن زكريا — مسؤولية الدولة، مقال منشور في مجلة القضاء-تصدرها نقابة المحامين في القطر العراقي، ع٣، س١٣، ١٩٥٥، ص ص(٥-٢٦).

١٦٣-حسن عزيز عبدالرحمن — مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع، بحث منشور في مجلة العدالة-يصدرها مركز البحوث القانونية في وزارة العدل، ع٣، س٥، ١٩٧٩، ص ص (٨٣٩-٨٥٥).

١٦٤-د.حسن علي الذنون — المسؤولية المادية (نظرية تحمل التبعة)، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية-تصدرها كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد، عدد خاص، مايس ١٩٨٤،ص ص(٢١-٥٦).

١٦٥- حسين المؤمن المحامي — استجواب الخصوم في الدعاوي المدنية والتجارية، بحث منشور في مجلة القضاء-تصدرها نقابة المحامين في القطر العراقي، العددان الاول والثاني، س٣٣،١٩٧٨، ص ص(٤١-٧٤).

١٦٦-د.سعدي اسماعيل برزنجي ود. عبدالرحمن رحيم عبدالله — نظرات في النظام القانوني لانضباط موظفي الدولة في العراق، بحث منشور في مجلة الابحاث للعلوم الانسانية، تصدرها جامعة صلاح الدين، ع٢-٣، س٢،ج٢ ١٩٩٠، ص٧٤٧ص٧٨٣.

١٦٧-د.شاب توما منصور — السلطة الادارية المختصة باتخاذ القرار الاداري، مقال منشور مجلة العلوم القانونية والسياسة- تصدرها كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد،ع١، المجلد الثاني، ١٩٧٨،ص ص(٧-٢٣).

١٦٨-د. شاب توما منصور — تعليق على قرار الحكم (رقابة القضاء على انهاء الادارة لقرارها بارادتها المنفردة، مقال منشور في مجلة القضاء-تصدرها نقابة المحامين في القطر العراقي، العددان الاول والثاني، س٤٦،١٩٩١،ص ص(٢٨٧-٢٩٦).

١٦٩-د.شاب توما منصور — القانون الاداري في العراق واتجاهات محكمة التمييز، بحث منشور في مجلة القانون المقارن- تصدرها جمعية القانون المقارن العراقية، ع٢، س٢،١٩٦٨،ص ص(١٠٣-١٢٩).

١٧٠-د.شعيب احمد سليمان — المسؤولية المبنية على تحمل التبعة، بحث منشور في مجلة القانون المقارن-تصدرها جمعية القانون المقارن العراقية، ع١٥،س١٠،١٩٨٣،ص ص(٣٦٩-٣٩١).

١٧١-ضياء شيت خطاب — رأي القضاء العراقي في مسؤولية الدولة عن اعمال موظفيها في حادث سجن كوت، مقال منشور في مجلة القضاء-تصدرها نقابة المحامين في القطر العراقي، ع٤، ١٩٥٨، ص ص(٥٠٥-٥٢٦).

١٧٢-ضياء شيت خطاب — رقابة القضاء العراقي على القرار الاداري، بحث منشور في مجلة القضاء-تصدرها نقابة المحامين في القطر العراقي،ع٤،س١٣، ١٩٥٥، ص ص(٢٤-٤٢).

١٧٣-د.عبدالباقي نعمة الله — المحاكم الادارية في ضوء القانون رقم١٤٠ لسنة١٩٧٧،بحث منشور في مجلة القانون-تصدرها جمعية القانون المقارن العراقية، ع١٠،س٧،١٩٧٩، ص ص(١٥٩-١٨٤).

١٧٤-عبدالجبار التكرلي — مسؤولية الحكومة وموظفيها،مقال منشور في مجلة القضاء-تصدرها نقابة المحامين في القطر العراقي، ع٥،س٢،١٩٤٣،ص ص(٥١٤-٥٢٦).

١٧٥-عبدالرحمن خضر — الادعاء الشخصي وتطوره بعد صدور قانون رقم٥٤ لسنة ١٩٤٣،بحث منشور في مجلة القضاء- تصدرها نقابة المحامين في القطر العراقي،ع٢،س٤،١٩٤٥، ص ص(١٢٦-١٥٩).

١٧٦-د.عبدالرحمن رحيم عبدالله — مسؤولية الادارة على اساس الخطأ، بحث غير منشور مكتوب بخط اليد،١٩٩٤،ص ص(١-٤٦).

١٧٧-د.عبدالرحمن رحيم عبدالله اللامركزية الادارية واللامركزية الفدرالية، بحث منشور في مجلة القانون والسياسة-تصدرها كلية القانون والسياسة بجامعة صلاح الدين،ع١، ١٩٩٤،ص ص(١٣١-١٤٨).

١٧٨-د.عبدالرزاق عبدالوهاب المحاكم الادارية في العراق وافاق تطويرها، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسة-تصدرها كلية القانون والسياسة بجامعة بغداد، عدد خاص،مايس ١٩٨٤، ص ص(١١٣-١٣٣).

١٧٩-د.عدنان عبود احمد الحكومة المحلية كياناتها ووظائفها في انكلترا والجمهورية العراقية، بحث منشور في مجلة القانون المقارن-تصدرها جمعية القانون المقارن العراقية،ع١٧،١٩٨٥، ص ص(٧١-١٢٦).

١٨٠-د.غازي عبدالرحمان ناجي المسؤولية عن الاشياء غير الحية وتطبيقاتها القضائية، بحث منشور في مجلة العدالة، يصدرها مركز البحوث القانونية في وزارة العدل، ع٢، س٧،١٩٨١، ص ص(٩-٨٥).

١٨١-د.علي راشد عن الارادة والعمد والخطأ والسببية في نطاق المسؤولية الجنائية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية-تصدرها جامعة عين شمس في مصر،ع١،س٨،١٩٦٦،ص ص (٣-٢٤).

١٨٢-د.عصام عبدالوهاب البرزنجي مجلس شورى الدولة وميلاد القضاء الاداري العراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية-تصدرها كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد، العددان الاول والثاني،١٩٩٠،ص ص(١١٤-١٨٦).

١٨٣-د.غازي عبدالرحمان ناجي مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع،بحث منشور في مجلة العدالة-يصدرها مركز البحوث القانونية في وزارة العدل،ع٣،س١،١٩٧٥،ص ص(٦٣٣-٦٦٤).

١٨٤-د.فاروق احمد الخماس محكمة قضاء الاداري في ضوء قانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية-تصدرها كلية القانون والسياسة بجامعة بغداد، العددان الاول والثاني، المجلد التاسع، ١٩٩٠،ص ص(٢٠٣-٢٣٥).

١٨٥-فريد فتيان المسؤولية عن فعل الغير، بحث منشور في مجلة القضاء- تصدرها نقابة المحامين في القطر العراقي، ع٤، ١٩٥٢،ص ص(٣٥-٦٦).

١٨٦-د.محمد ابو زهرة ولاية المظالم في الاسلام، مقال منشور في مجلة القضاء-تصدرها نقابة المحامين في القطر العراقي، العددان الرابع والخامس،س١٨، ١٩٦٠،ص ص(٥٤٢-٥٥٧).

١٨٧-د.محمد ظاهر معروف — مجلس الانضباط العام،بحث منشور في مجلة الحقوقي-تصدرها جمعية الحقوقيين العراقيين، العددان الثاني والثالث،س٥، ١٩٧٣،ص ص(٥٦-٧٢).

١٨٨-د.محمود نجيب حسني — علاقة السببية في قانون العقوبات، بحث منشور في مجلة المحاماة-تصدرها نقابة المحامين في مصر، ع١،س٤٣، ١٩٦٢،ص ص(٩٧-١١٣).

ثالثا-القوانين والمواثيق:-

١٨٩-قانون الضمانات العراقي رقم ٥٤ لسنة ١٩٤٣،مجلة القضاء،ع٤،س٢، ١٩٤٣.

١٩٠-القانون المدني العراقي رقم٤٠ لسنة ١٩٥١، مطبعة بغداد، ١٩٨٦.

١٩١-مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي، سلمان بيات،ج١،القضاء العراقي،بدون سنة طبع.

١٩٢-الاسباب الموجبة لقانون ذيل قانون اصول المحاكمات الحقوقية.

١٩٣-شرح قانون الخدمة المدنيةرقم ٢٤ لسنة١٩٦٠، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٨٤.

١٩٤-قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ٦٥٢ في ١٩٨١/٥/١٨-مجلة القضاء،ع٢، ١٩٨٧.

١٩٥-قانون اصلاح النظام القانوني رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧، وزارة العدل، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٩.

١٩٦-مشروع القانون المدني العراقي الجديد لسنة ١٩٨٤، وزارة العدل، بغداد، ١٩٨٤.

١٩٧-قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي رقم ١٤ السنة ١٩٩٠- المنشور في الوقائع العراقيةبعدد ٣٣٥٦ في ١٩٩١/٦/٣.

١٩٨-القانون المدني لجمهورية روسيا الاشتراكية السوفيتية، النص الرسمي، ترجمةد.ثروت انيس الاسيوطي، دار التقدم، موسكو، ١٩٧٣.

١٩٩-اساسيات التشريع المدني لاتحاد الجمهوريات السوفيتية الاشتراكية والجمهوريات المتحدة، ترجمة د.محمد لبيب شنب، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، ع٢، ١٩٦٦.

٢٠٠-الاسباب الموجبة لقانون العمل رقم٧١ لسنة ١٩٨٧، وزارة العدل، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٨٩.

٢٠١-قانون المرافعات المدنية رقم٨٣لسنة١٩٦٩وتعديلاته،دار القادسية،ط١،بغداد، ١٩٨٦.

٢٠٢-قانون السلطة القضائية رقم ٢٦ لسنة١٩٦٣، وزارة العدل، بغداد، ١٩٨٧.

٢٠٣-قانون مجلس شورى الدولة رقم٦٥لسنة١٩٧٩المعدل وزارة العدل،مطبعة العمال،بغداد، ١٩٩٠.

٢٠٤-قانون مجلس شورى الدولة رقم٦٥لسنة١٩٧٩،وزارة العدل،ط٢، بغداد، ١٩٨١.

٢٠٥-التقرير السياسي للمؤتمر القطري الثامن لحزب البعث العربي الاشتراكي لسنة ١٩٧٤،ط٤، دار الحرية للطباعة، بغداد،١٩٧٧.
٢٠٦-نظام تعين وترفيع المستخدمين المعدل رقم ٢٢ لسنة ١٩٥٨.
٢٠٧-الدستور المؤقت العراقي الصادر في ١٩٧٠/٧/٦، وزارة العدل، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٨.
٢٠٨-قانون العمل رقم ١٥١ لسنة ١٩٧٠، المعدل، منشورات المؤسسة العامة للعمل والتدريب المهني، بغداد، ١٩٨١.
٢٠٩-قانون مطبوعات العراقي رقم ٢٠٦ لسنة ١٩٦٨، المعدل.
٢١٠-قانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

رابعا- الدوريات ومجموعات الاحكام والنشرات القضائية:

٢١١-مدونة التشريع والقضاء في المواد المدنية والتجارية،عبدالمنعم حسني، ج١، س٣، ع١.
٢١٢-القضاء المدني العراقي، سلمان بيات،ج١، شركة الطبع والنشر الاهلية، ١٩٦٢.
٢١٣-موسوعة الفقه والقضاء للدول العربية،ج٦،المجلدين١٤-١٥،القاهرة،١٩٧٥-١٩٧٦.
٢١٤-احكام القضاء العراقي، عبدالعزيز السهيل،ج١،١٩٦٢.
٢١٥-المبادىء القانونية في قضاء محكمة التمييز، ابراهيم المشاهدي، مركز بحوث القانونية، بغداد، ١٩٨٨.
٢١٦-الموسوعة العدلية،علي محمد ابراهيم الكرباسي-تصدرها مكتبة شركة التأمين الوطنية، ع١،١٩٩١-ع٢،١٩٩٢-ع٥،١٩٩٢-ع٣،١٩٩٢-ع٦،١٩٩٢-ع٩،١٩٩٣.
٢١٧-مجلة مجموعة الاحكام العدلية-تصدرها وزارة العدل،ع٤،١٩٧٩-ع٢،١٩٧٤-ع٣، ١٩٧٨ -ع٢،١٩٨٦-ع٢،١٩٨٨-ع١،١٩٨٩.
٢١٨-مجلة العلوم القانونية والسياسة- تصدرها كلية القانون والسياسة بجامعة بغداد، ع١، المجلد١، ١٩٦٩.
٢١٩-الوقائع العراقية- ع٢٦١٩في ١٩٧٧/١١/٧-ع٣١٨٨في ١٩٨٨/٢/٨.

ب-باللغة الاجنبية:

اولا-باللغة الفرنسية:

١-الكتب والمقالات:

220-Andre de Laubadere: Traite de droit administratif, Septieme edition, Paris, 1976.
221-H.L. Mazeaud et Jean Mazeaud: Traite theorique et pratique de la responsabilite civil,Tom.11,sixime editiion, Edition Montchrestien, Pris, 1970.

222-H.L. Mazeaud et Tunc: Traite theorique et pratique de la Responsabiliite Civile, Tom.premier, sixiem edition, edition Montchrestien, Paris, 1965.
223-Rene Chapus: Responsabilite publique et responsabilite privee, les influences reciproques des jurispiudences administrative et judiciaire, Paris, R.P. chonet et R. Durand auzias, (these), 1957.
224- Savatier: Traite de la responsabilite civil, Tom. Premier, deuxiem edition, Paries, 1951.

٢-القوانين:

225-Gabriel Marty et Pierre Raynaud: Droit civil-les-obligations, Tom11, Volume1, Sirey, 22Rue Soufflot, Paris, 1962.
226- M.Ie Pierre Raynaud: Code civil, encyclopedie Juridiane Dalloz, deuxieme edition,7 Volume, tome I-IIV, Paris, 1973- 1974.

ثانيا- باللغة الانكليزية:

الكتب والمقالات:

227-Barry Nicholas: An introduction to Roman Law, Oxford at the clarndon press, Great Britain, 1972.
228-H.L.A.Hart &A.M. Honore: Causation the Law, Oxford University, Press, reprinted from corrected sheet of the first edition, 1973.
229-Hood Philips: Constitutional and administrative Law, fourth edition, 1973.
230-H.W.R.WADE: Administrative Law, second edition, Giarendon press, Oxford, 1963.
231-Jillinda tailey-Suzanna Baile:, business Law,Long man exam guides, the bath press avon, London, 1986.
232-John G. fleming: the Law of Tort,Sydney Melbourne brisbane perth, 1977.
233-P.S.Atiyah: "Vicarious liability in the Law of Torts", London, Butter worths, 1967.
234-S.H.Bailey-C.A.Cross-J.F.Garner:Cases and Materials in administrative Law, Sweet&Maxweel, London, 1977.
235-Smith and Keenans: English Law, denis Keenan, ninth edition, pitman, London, 1990.

ABSTRACT

This dissertation which is named as(The Base of Administration Responsibility and its Rules). Is a comprehensive study between Jurisprudence and justice of the public law and Jurisprudence and justice of the privy law using the manner of "Comparison of regimes", with the regimes of France, Egept, and Iraq as practical examples.

As a first step, I divide my thesis to a primary chapter and two parts then I arranged the whole research according to the following system:

-Firstly in the primary chapter I studied the historical development of the bases and the rules of administration responsibility beginning from the ancient periods and ending with the law in present days.

-Then I get in to the heart of the matter, where in the first part I studied the bases of administration responsibility, and there it becomes clear that it has two bases, the first base relies on the ":theory of fault" and I studied it in the second chapter of that part,while the second relies on the "theory of risks" I investigated the matter in the third chapter of the part.

Certainly, before all this, I studied a subject which has a vital-connection with the base of such responsibility, which is the legal nature of administration responsibility, because the complete understanding of this base is depending generally on the degree of understanding the nature of such responsibility. I studied this subject in the first chapter of this part. In this chapter it becomes clear that there are two theoretical directions about the nature of administration responsibility, the first states that this responsibility has direct and autonomous nature, while the second asserts that such responsibility has a non –direct nature and vicarious liability, and it obeys the article (1384) of the "French civil code" and the article (174)of the "Egyptian civil law" and the article(219) of the "Iraqi civil law".

The second part contains the rules that rule the administration responsibility,and I divide it in two sections, the first one deals with the rules that identify the court with the concerned

with the rules that identify the court with the concerned competence in the cases of administration responsibility, and whether this court is the ordinary courts or the administrative courts; the second deals with the subject rules which applied to this responsibility, these rules are either those ones which is applied in the civil law (the rules of civil responsibility), or it's the rules of administrative responsibility which adapted by "Conseil d Etat", this deference in the rules has its affects on the base that this responsibility depend on, in both of the "public law jurisprudence" and the "privy law jurisprudence".

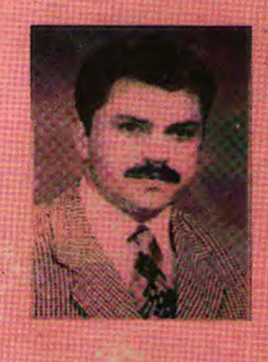
Finally I summarized in the conclusion, the most important results I reached to, in this research.

MY ALLAH GRANT SUCCESS





طبعت في مديرية مطبعة جامعة صلاح الدين / أربيل



THE BASE AND RULES OF ADMINISTRATION RESPONSIBILITY

Acomparative study

Between Jurisprudence & Justice Of the Public Law and Jurisprudence & Justice Of the Privy Law

By

Abdulmalik Y. Mohammed

Faculty of Law
University of Salahaddin - Arbil

First edition **1999**

چاپخانەی زانکۆی سەلاحەددین -هەولێر